جامعـــة الجـزائر يوسف بن خـدة
كليـــة الحقـوق

استقلالية اتفاق التحكيم كأسلـوب لتسوية المنـازعات التجارية الدوليـة

مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير
في القانون الخاص تخصص قانون الأعمال

قـدمت مـن الطـالبة : بولحيـة سعـاد
المشرف و المقرر الأستاذ : بوكرا إدريـس

أعضاء لجنة المناقشة :

- الأستاذ : بن تومي محمد رئيسا
- الأستاذ : بوكرا إدريس مشرفا ومقررا
- الأستاذة : عكرون ياقوت عضوا

الإهــداء

الإهـــــداء

إلى أرواح أمي، أبي و أخي ، الطاهرة

إلى زوجي و ابنتاي أنجال و أريج ليليان

إلى إخوتي وأخواتي

إلى صديقاتي

أهدي هذا العمل المتواضع

شـــكر

شـــكـــر

أشكر كل من ساعدني على إنجاز هذا العمل و خاصة زوجي كما أشكر الأستاذ الفاضل بوكرا إدريس على توجيهاته القيمة

قائمة المختصرات

قائمة المختصرات :

• **C. App**	Cour d'ppelle
• **Cass**	Cassation
• **C.Cass**	Cour de cassation
• **CCI**	Chambre de commerce international
• **Ci**	Commerce International
• **CIRDI**	Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements.
• **Civ**	Civil
• **Crit**	Critique
• **Dr**	Droit
• **DRCI**	Droit commercial international
• **éd**	édition
• **Fasc**	Fascicule
• **Inter**	International
• **J**	Journal
• **JDI**	Journal de Droit International
• **Obs**	Observation
• **Rev.Arb**	Revue d'arbitrage
• **TR**	Traité
• UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law

المقدمة

المقدمة

ازدهر التحكيم التجاري الدولي مع ازدهار التجارة الدولية و ارتبط بها ، فكان يتألق كلما تألقت التجارة الدولية ، فحين ازدهرت التجارة الدولية في القرون الوسطى من خلال إقامة المعارض و الأسواق ، لا سيما في ألمانيا و أسبانيا وهولندا و فرنسا و إيطاليا ظهر قانون ، عادات و أعراف التجارة التي لا تعرف حدودا إقليمية [1] .

وظهر التحكيم التجاري الدولي في القانون على إثر تطوره الكبير وانتشاره السريع في عالم التجارة الدولية ، ورغم أن ذلك قد تحقق منذ فترة وجيزة نسبيا ، حيث ظهر اصطلاح التحكيم التجاري الدولي و لأول مرة من الناحية القانونية في اتفاقية جنيف الأوروبية الصادرة في 21 أفريل 1961. أما عن تطوره في التجارة الدولية فقد كان ذلك عقب الحرب العالمية الأولى[2].

حين لم تعد القوة ، كما كانت في المجتمعات القديمة وسيلة لاقتضاء الحقوق والدفاع عنها وذلك بتدخل الدولة بعد مراحل تاريخية طويلة في الحياة الاجتماعية والاقتصادية وذلك للقضاء على ما كان يعرف بنظام القضاء الخاص، والذي كان معروفا في المجتمعات القديمة ، حيث كان الأفراد ، والجماعات يلجئون للقوة لاقتضاء حقوقهم بأنفسهم . فقد حل نظام القضاء العام في الدولة محل النظام القديم ، وأصبحت إقامة العدالة و تحقيقها ، وضمان نفاذ القانون الموضوعي، إحدى الوظائف الرئيسية للدولة الحديثة تباشرها حماية للنظام القانوني عن طريق المحاكم، والهيئات القضائية التي تنشئها وتمنحها ولاية الفصل في المنازعات بين مواطنيها ، وزودتها بشتى الوسائل التي تمكنها من النهوض بمهمتها، ووضعت القوانين و النظم التي تبين طرق الالتجاء وطرق الفصل فيها و طرق الطعن فيما تصدره من أحكام ووسائل تنفيذها . وتضمنت هذه النظم و القوانين جميع الضمانات التي تكفل استقلال القضاء ، وحيدته ، ونزاهته ، وما يكفل للمتقاضين حرية الدفاع .

---

[1] عبد الحميد الأحدب " التحكيم التجاري الدولي " الجزء الثالث ، ميلانو ستامبا ، طبعة 1990 ، ص 1 .

[2] أحمد مخلوف " اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية " ، دار النهضة العربية ، طبعة 2001 ، ص1.

و إذا كان الأصل أن القضاء ، وهو مظهر من مظـاهر سـيادة الدولـة لا يمارس إلا بواسطة السلطة العامة المخصصة لذلك ، ويجب أن لا تقوم بـه سـوى الدولة فإنها بما لها من سلطة تستطيع أن تعترف لبعض الأفـراد أو هيئـات غيـر قضائية بسلطة الفصل في بعض المنازعات التي تدخل أصلا في الولايات القضائية المقررة للقضاء العام للدولة وفي نطاق معين و متـى تـوافرت شـروط معينـة . فالتحكيم ليس بظاهرة جديدة مستقلة بجذورها عن الماضي السحيق ، إنما هو تطبيقا لفكرة التحكيم في المجتمعات القديمة . فقد عرف التحكيم في اليونان القديمـة بـين القرنين السادس و الرابع قبل الميلاد وصدر العديد من أحكام المحكمين في القـرن السادس قبل الميلاد ، كما عرف التحكيم في روما منذ أقدم العهود سواء في عصـر الإمبراطورية القديمة أو في عصر الإمبراطورية السفلى و بصفة خاصة في العقود الرضائية كالبيع و الشركة ، بيد أن التحكيم ليس فقط نظاما إغريقيا رومانيا ، و إنما نظاما عرفه كل من المصريين القدماء و الآشـوريين و البـابليين والعـرب قبـل الإسلام، كما أن التحكيم في الشريعة الإسلامية يكـون جـائزا بالكتـاب و السـنة والإجماع ، ففي الكتاب الكريم يقول الله تعالى "و إن خفتم شقاقا بينهما فابعثوا حكمـا من أهله وحكما من أهلها ، إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما..." [1] . كما قال عـز وجل " فلا و ربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجا مما قضيت و يسلموا تسليما " [2] .

إن ما عرفه العالم قبل الحرب العالمية الأولى و على الأخص فـي القـرن التاسع عشر حينما كانت إنجلترا مركزًا للتجارة العالمية ، كان التحكيم فيها يمارس تحت رقابة القضاء ، وكان المحكم يستطيع في حالات كثيرة وقف إجراءات التحكيم ليطلب تدخل المحكمة في إيجاد حل للنزاع . ويمكن لمس آثار ذلك في القوانين التي صدرت عن إنجلترا و على الأخص قوانين التحكيم 1899، 1934، 1950 . فليس مـن قبيل المصادفة البحتة أن تأتي البداية الحقيقية (أي التحكيم التجـاري الـدولي فـي صورته الراهنة كتنظيم قانوني دولي يعرفه العالم أجمع و تتولاه هيئـات ومراكـز

---

[1] سورة النساء آية 35

[2] سورة النساء آية 64

تحكيم دائمة ومستقلة عن قضاء الدول) لظهور التحكيم التجاري الـدولي عقـب الحرب العالمية الأولى (1914-1918) فقد كانت النتائج التي خلفتها هذه الحرب تمثل انهيارا محزنا لكثير من المشروعات الخاصة ، وفقدان الثقة لدى غالبية المتعـاملين في التجارة الدولية في انطلاق أية أنشطة اقتصادية جديدة ، الأمر الذي أصبح معـه التعامل - مرة أخرى- في ميدان التجارة الدولية يثير صعوبة بالغة . و بينما كـان العالم يبحث عن السلام في مؤتمر فرساي الذي عقد في مدينة باريس (جانفي 1919) جاء الاقتراح الصادر من الوزير الفرنسي إيتيـان كليمانتـال (Etienne Clementel)[1] بإنشاء غرفة للتجارة الدولية تكون ملتقى لجميع الشركات الخاصة في العالم، بمثابة الأمل الذي أعاد الثقة و الطمأنينة في نفوس المتعاملين بالتجارة الدوليـة ، وتعبيـرا صادقا عن رغبة المجتمع الدولي في وجود مؤسسة غير حكومية ترعـى مصـالح هؤلاء المتعاملين وتوفر لهم الأمن و الحماية القانونية ، و فيما بعد لعبـت الغرفـة دورا كبيرا في الإعداد لاتفاقية دولية تهدف إلى تحقيق تلك الغاية .

وبعد مجهودات كبيرة بذلتها الغرفة ، صدر تحـت رعايـة عصـبة الأمـم بروتوكول جنيف في 1923/09/24 بشأن شروط التحكيم ، والذي نـص فـي مادتـه الأولى على تعهد كل دولة متعاقدة بالاعتراف بشروط ومشـارطات التحكـيم فـي المعاملات الدولية الخاصة [2]. و لتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية ، إذ لم يكـن هنـاك نص في البرتوكول يلزم الدول المتعاقدة بتنفيذ هذه الأحكام ، لذا فقد كان على غرفة التجارة الدولية أن تبادر بعلاج هذا القصور وتقوم بالإعداد لاتفاقية مكملة للاتفاقيـة الأولى بشأن تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية . وبالفعل فقد حـدث فـي 1927/09/26 أن صدر تحت رعاية عصبة الأمم اتفاقية جنيف بشأن تنفيذ أحكام التحكـيم الأجنبيـة والتي انظمت إليها أغلب الدول التي وقعت البروتوكول . وهكذا أصـبحت هاتـان الاتفاقيتان تمثلان أول نظام قانوني عالمي للتحكيم التجاري الـدولي ، ولا شـك أن

[1] أشار إليه أحمد مخلوف، المرجع السابق ، ص 4 .

[2] انضمت إلى بروتوكول جنيف الصادر في 1923/09/24 بشأن شروط التحكيم 33 دولة .

أثرهما كان كبيرا على نشاط مركز التحكيم التابع للغرفة ، الأمر الـذي أدى إلـى ظهور مراكز أخرى لها نفس الدور ، يأتي في مقدمتها جمعية التحكيم الأمريكية[1] .

ثم اندلعت الحرب العالمية الثانية (1939-1945) وعاد في أعقابها الحماس من جديد لنظام التحكيم التجاري الدولي، ولكن هذه المرة بأشد قـوة و أكثـر إيمانـا ، والتحكيم أصبح مهما في التجارة الدولية ، ومن هنا نشأت هيئات و منظمات وطنيـة متخصصة ، مهمتها القيام بالتحكيم وفقا لإجراءات وضوابط مسـتمدة مـن أحكـام القوانين[2] ، فبمشاركة جديدة من غرفة التجارة الدوليـة ببـاريس تبنـى المجلـس الاقتصادي والاجتماعي التابع لهيئة الأمم المتحدة دراسة مشروع اتفاقية جديدة تحل محل اتفاقية جنيف الصادرة عام 1927 (1953-1958) حتى انعقد مؤتمر دولي كبيـر بشأنها في مدينة نيويورك (20 ماي – 10 جوان 1958) انتهى رسميا إلى إعلان هـذه الاتفاقية التي عرفت باسم اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف و تنفيذ أحكـام التحكـيم الأجنبية ، وتعتبر هذه الاتفاقية بحق ، بمثابة الميثـاق العـالمي للتحكـيم التجـاري الدولي؛ إذ انضم إليها مائة و ثلاثة وعشرون (123) دولة حتى أول جـانفي2001 [3].

كما أنشئ كذلك المركز الدولي لتسوية المنازعات الناشئة عن الاسـتثمار (CIRDI) بتاريخ 18 مارس 1965 [4] والذي انضمت إليه منذ سبتمبر 1966 حتى ديسـمبر 2003 (157) مائة وسبعة وخمسون دولة و هذا ما أظهره التقرير السنوي للمركز الـدولي لتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار لسنة 2004 [5]. وقد بلغ التطـور مـداه فـي 28 أفريل 1976 حينما قامت الأمم المتحدة لقـانون التجـارة الدوليـة (UNCITRAL) بوضع مجموعة متكاملة لقواعد التحكيم تسير عليها بعض مراكز التحكيم التجـاري الدولي حتى الآن ، ثم في 21 جوان 1985 حينما صدر عن نفـس اللجنـة القـانون

---

[1] أشار إليه أحمد مخلوف المرجع السابق ، ص 5- 6 .

[2] أحمد أبو الوفا " التحكيم الاختياري و الإجباري في المنازعات المدنية والتجارية " ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، طبعة 1983 ، ص25.

[3] أحمد مخلوف المرجع السابق ، ص 7.

[4] Nour eddine TERKI « L'Arbitrage commercial international en algerie » office des publications universitaires. 1999, p.15

[5] التقرير السنوي للمركز الدولي لتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار CIRDI المنشور على الانترنت على العنوان التالي: www/google/CIRDI/Rapport annuel 2004.com

النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، وهو القانون الذي استعانت به غالبية التشريعات المقارنة في وضع قوانينها الخاصة عن التحكيم التجاري الدولي[1] .

ومما لا شك فيه الآن، أن التحكيم في الوقت الحاضر أصبح أهم وسيلة يرغب المتعاملون في التجارة الدولية اللجوء إليها لحسم خلافاتهم الناتجة عن تعاملهم. فلا يكاد يخلو عقد من عقود التجارة الدولية ، من شرط يتفق بموجبه على إتباع التحكيم عند حدوث نزاع أو خلاف يتعلق بتفسير أو تنفيذ العقد المذكور، ذلك لأن العقود الدولية تختلف عن العقود الخاصة بالتعامل الداخلي، حيث أن هذه الأخيرة تحكمها قواعد القانون الداخلي، أما العقود الدولية تكون في الغالب بين أطراف ينتمون إلى دول مختلفة . وتختلف قوانين تلك الدول في معالجة القضايا التي تطرح نتيجة الخلاف بين الأطراف ، في حين أصبحت قواعد التحكيم معروفة على الصعيد الدولي و متبعة من قبل التجار. والأمر الآخر الذي جعل الإقبال شديدا على حسم المنازعات بالتحكيم هو تجنب المتعاقدين عرض خلافاتهم لحسمها من قبل محاكم دولة الطرف الآخر لما في ذلك من تحمل الرسوم وتكاليف باهضة واستغراق وقت طويل ، ولما يتضمنه الحكم القضائي من عنصر الإجبار والقسر في حالة عدم تنفيذه . ولهذا السبب نجد أن الطرفين يتذرعان بعدم معرفتهما للنظام القانوني والقضائي لدولة الطرف الآخر ، لكي يستبعدا عرض النزاع على القضاء الوطني. وفي الحقيقة فإن السبب هو عدم الثقة بالنظام القضائي لدولة الطرف الآخر في العقد[2].

إن حداثة موضوع التحكيم و غموضه ، جعلتني نلقي الضوء على هذه اللمحة التاريخية المختصرة ، كما جعلتنا نتطرق و لو باختصار على بعض تعريفات التحكيم التجاري الدولي لكي نتمكن من الغوص في لب الموضوع دون الخوض فيها فيما بعد .

---

[1] أحمد مخلوف ، المرجع السابق ، ص 7 .

[2] فوزي محمد سامي " شرح القانون التجاري ، التحكيم التجاري الدولي " ، مكتبة الثقافة للنشر و التوزيع ، ص11 .

التحكيم لغة : التحكيم في اللغة معناه التفويض في الحكم ، فهو مأخوذ من حكم (وأحكمه فاستحكم أي صار محكما في ماله ، تحكيما إذا جعل إليه الحكم فيه فاحتكم عليه في ذلك) و يقول ابن منظور في لسانه " حكموه بيننا " [1].

التحكيم اصطلاحا : و التحكيم في الاصطلاح الشرعي هو " تولية الخصمين حكما يحكم بينهما ، أي اختيار ذوي الشأن شخصا أو أكثر للحكم فيما تنازعا فيه دون أن يكون للمحكم ولاية للقضاء بينهما [2] .

إذا أطلق لفظ التحكيم في مجال القانون بلا نعت أو تخصيص ، فإنه ينصرف إلى معان عديدة و صور مختلفة . فهناك التحكيم في مجال القانون الدولي العام وهو الذي يختص بالفصل في المنازعات بين الدول ، و تعتبر قضية طابا بين مصر و إسرائيل مثالا حديثا لهذا التحكيم ، وهناك التحكيم الداخلي أو الوطني و الذي يسري على معاملات داخلية بحتة يطبق بشأنها أحكام القانون الداخلي ، وهناك التحكيم المنظم بموجب اتفاقيات ثنائية أو جماعية بين الدول ، و هناك التحكيم النقابي أو القطاعي (SECTORIEL) و يختص بالفصل في المنازعات المتعلقة بالمهنة، و هناك التحكيم الإجباري الذي تعرفه بعض الدول في حل المنازعات التي تقع بين المؤسسات أو الهيئات العامة[3] و هناك التحكيم في مجال التجارة الدولية .

وفي الواقع وباستقراء التشريعات المقارنة نلاحظ أنها لم تتضمن تعريفا قانونيا للتحكيم التجاري الدولي بما في ذلك القانون النموذجي نفسه . ومن هنا برز دور الفقه في التصدي لهذه المسألة.

فقد عرفه الأستاذ رينيه دافيد RENE DAVID في كتابه (التحكيم في التجارة الدولية) بأنه تقنية ترمي إلى إعطاء حل لمسألة تكون محل اهتمام علاقات بين شخصين أو أكثر ، والذي يتولاه شخص أو أكثر – محكم أو محكمان- يستمدون

---

[1] أنظر لسان العرب لابن منظور، الجزء الخامس عشر ، المؤسسة المصرية العامة للتأليف و النشر ، القاهرة ، ص 31 و 32 .

و كذلك أنظر مراد عبد الفتاح ، شرح تشريعات التحكيم الداخلي و الدولي بدون دار نشر و لا طبعة ص 19.

[2] مراد عبد الفتاح ، نفس المرجع ، ص 19 .

[3] أحمد مخلوف ، المرجع السابق ، ص 2.

سلطتهم من اتفاق خاص ، يحكمون على أساسه دون أن تقلدهم الدولة هذه المهمة [1].
و بهذا يكون الأستاذ دافيد DAVID قد تناول تعريفا موسعا للتحكيم التجاري الـدولي بأخذه كافة صور التحكيم القائمة في التجارة الدولية بكونه لـيس مقصـورا علـى الجانب القانوني فقط وإنما له جانب آخر اجتماعي يتمثل في الخدمات التي يقـدمها للأفراد ولا يستطيعون الحصول عليها من القضاء العادي[2] .

أما الأستاذ فوشار (Philippe FOUCHARD) فيعـرف التحكـيم بأنـه اتفـاق الأطراف على أن يخضع نزاعهم إلى قضاء يختارونه [3].

ويعرفه الأستاذان روبير و مارو (ROBERT et MAREAU) بأنه نظام القضـاء الخاص يتم بموجبه إخراج المنازعات من القضاء العادي ليتم الفصل فيها بواسـطة أفراد يكتسبون مهمة القضاء فيها [4].

أما الأستاذ أحمد مخلوف فقد عرفه بأنه نظام خاص مؤداه تسوية المنازعات التي تثور بين المتعاملين في التجارة الدولية بموجب اتفاق بينهم يقضي بذلك[5].

وهكذا ينشأ التحكيم عن إرادة الخصوم ، فهذه الإرادة هي التي تخلق التحكيم و هي قوام وجوده و بدونها لا يتصور أن يخلق أو يكون . فالتحكيم يحـافظ علـى العلاقات بين الطرفين فهو ليس طريقا هجوميا عنيفا ، وإنما هو أقرب إلى التفـاهم بين الطرفين بخلاف استعمال أساليب الكيد – في الغالب – أمام القضاء العـادي ، لذلك يقال أن الأطراف يدخلون إلى التحكيم و هم ينظرون إلى الأمام[6] .
وحكمة تشريع نظام التحكيم تنحصر في أن أطراف الخصومة ، وبمحض إرادتهـم واتفاقهم يفوضون شخصا أو أشخاصا ليست لهم ولاية القضاء العام في الدولة، فـي أن يقضوا بينهم، أو يحسموا النزاع بحكم أو بصلح يقبلان شروطه ، فرضاء طرفي

---

[1] RENE DAVID « l'arbitrage dans le commerce international » Economica Paris 1982, P.9.
[2] R.DAVID , op .cit, N°.24. p.33 , N°.202. p.254 , N°226. p.283.

[3] PH. FOUCHARD, E. GAILLARD, B.GOLDMANE , « Traité de l'arbitrage commercial internationl » Litec 1996, N°07 . p.11
[4] J.ROBERT et MOREAU « L'arbitrage » D. 1983 , N°01

[5] احمد مخلوف ، المرجع السابق ، ص 11 .

[6] معوض عبد التواب " المستحدث في التحكيم التجاري الدولي " ، دار الفكر الجامعي ، ط 1 1997 ، ص 12 .

الخصومة هو أساس نظام التحكيم ، و كما يجوز لهما الصلح دون وساطة أحد ، فإنه يجوز لهما تفويض غيرهما في إجراء هذا الصلح ، أو في الحكم في النزاع[1].

و إذا كان الأصل أن القضاء ، هو مظهر لسيادة الدولة و كانت الوظيفة القضائية قد آلت إلى الدولة و لا تمارس هذه الوظيفة إلا بواسطة الهيئات القضائية المخصصة لذلك ، تمارسها بواسطة عضوها القضائي ، فإن هذا العضو ، لا يستأثر مع ذلك بممارستها ، بل هناك طريق آخر استثنائي يتيح إمكانية مباشرة نفس العمل بواسطة أفراد عاديين ، لا يعدون من العضو القضائي للدولة و إن كانوا يباشرون وظيفته (أي الفصل في المنازعات) فإن النظم القانونية الوضعية وعلى اختلاف مذاهبها واتجاهاتها ، واعتدادا منها بما يشوب إجراءات الالتجاء إلى القضاء العام في الدولة من بطء و تعقيد ، وما تتطلبه من نفقات قد ترهق جمهور المتقاضين ، قد أجازت للأفراد والجماعات إخراج بعض المنازعات من ولاية الهيئات القضائية المخصصة للفصل فيها [2]، فنظام التحكيم هو عرض لنزاع معين بين الأطراف المحتكمين على هيئة تحكيم، تعين باختيارهم أو بتفويض منهم ، على ضوء شروط يحددونها ، لتفصل هذه الهيئة في ذلك النزاع بقرار يكون حياديا ، فاصلا في الخصومة ، بعد أن يدلي كل منهم بوجهة نظره تفصيلا من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية وهذان الطريقان (التحكيم والقضاء) هما طريقان متوازيان لا يمكن دمجهما من ناحية كما لا يمكن إنكار وجود تقارب بينهما من ناحية أخرى [3].

بل إن النظم القانونية الوضعية وعلى اختلاف مذاهبها واتجاهاتها ، انتهت إلى سهولة إجراءات نظام التحكيم ومزاياه ، فعمدت إلى فرضه في خصوص منازعات معينة (منها منازعات التجارة الدولية) ، حددتها بنصوص قانونية وضعية خاصة [4].

---

[1] محمود السيد عمر التحيوي " أركان الاتفاق على التحكيم وشروط صحته " ، دار المطبوعات الجامعية ، ط 2001 ، ص4.

[2] محمود السيد عمر التحيوي " التحكيم في المواد المدنية و التجارية وجوازه في منازعات العقود الإدارية " ، دار الجامعة الجديدة للنشر، ط 1999 ، ص 1 .

[3] عبد الحميد الشواربي " التحكيم و التصالح في ضوء الفقه و التشريع" ، دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية ، ط 1996 ص 20 وما بعدها .

[1]. وقد عاد نظام التحكيم والذي كان يعتبر هو القاعدة في الفصل في المنازعات بين الأفراد والجماعات في المجتمعات القديمة يظهر من جديد [2] ، وإن كان ذلك في صورة استثناء من عموم ولاية القضاء العام في الدولة – ففي الصورة الأولى للمجتمعات كان نفاذ القانون الوضعي وكفالة احترامه متروكا لمشيئة الأفراد، يعتمد على قوتهم الخاصة ووسائلهم الذاتية (وهو ما يسمى بالقضاء الخاص) ولم يكن ذلك يسمح باستقرار المجتمعات و لا يكفل الأمن والعدل فيها ، فلقد كان القانون الوضعي رهينا في يد القوة ، تحول دون تطبيقه عليها ، وتمارسه ضد الأضعف منها وفي وضع مثل ذلك يفقد القانون الوضعي كثيرا من مقوماته كالإلزام والعموم ، وبالقدر الذي تحول فيه القوة دون تطبيقه على أصحاب النفوذ والسلطات في المجتمع ، كما يتجرد من أسانيده الخلقية حينما لا يتحقق العدل ، ويضع الحق في مواجهة القوة [3] .

ولم يكن ممكنا تجاوز هذه الأزمة ، والتغلب عليها إلا بإيجاد جهة محايدة تكون وظيفتها هي السهر على حماية القانون الوضعي وضمان تطبيقه في الواقع العملي ، وتكون في الوقت ذاته مزودة بالسلطة التي تكفل فرض سريانه ونفاذه في مواجهة المجتمع [4].

فضرورة وجود هذه الجهة تمثل ضرورة وجود القانون الوضعي ذاته باعتبارها ضرورة متممة له ، لا يستقيم ، ولا تتكامل مقوماته بدونها ، فلا يقدر لمبدأ المشروعية قيام ، واستقرار ، إذا لم يوجد إلى جانبه قضاء حر ومستقر ، يحميه من الاعتداء ، ويدفع عنه الطغيان . وفي البداية ظهر هذا العضو في إطار ما يسمى بنظام التحكيم وبمقتضاه يلجأ الأطراف ذوو الشأن بمقتضى إرادتهم الخاصة إلى شخص ثالث هو المحكم من الغير ، يكون محايدا ومجردا من المصلحة بشأن المنازعات المعروضة عليه ، ليفصل فيما هم فيه مختلفون .

---

[1] محمد السيد عمر التحيوي " أركان الاتفاق على التحكيم..." ، المرجع السابق ، ص 7 .

[2] عزمي عبد الفتاح" قانون التحكيم الكويتي" ، مطبوعات جامعة الكويت ، ط 1 1990 ، ص 12 .

[3] محمود السيد التحيوي " أركان الاتفاق على التحكيم ... " ، المرجع السابق ، ص 10 .

[4] أحمد ماهر زغلول " الموجز في أصول وقواعد المرافعات وفقا لمجموعة المرافعات المدنية و التجارية والتشريعات المرتبطة بها، الجزء الأول التنظيم القضائي و نظرية الاختصاص" دار أبو المجد للطباعة و النشر بالقاهرة ، الطبعة الأولى 1991 بند 2 ص6 .

ولم يكن نظام التحكيم وبالصورة التي كان عليها في المجتمعات القديمة ليستمر بعد أن انتظمت المجتمعات في هيئة دول فلقد صار القضاء من واجبات الدولة ، وإحدى وظائفها الأساسية وهو في الوقت ذاته مظهرا من مظاهر سيادتها ، ولم يعد يتفـق مع ذلك أن يمارس القضاء غير أعضاء الدولة ، والذين تعينهم لهـذا الغـرض ، وتزودهم بالسلطة والصفة اللازمتين لذلك ، وهكذا انتهى الأمر إلى حلول القضـاء العام في الدولة محل القضاء الخاص و قضاء التحكيم . و أصبح التحكـيم يمـارس تحت رقابة القضاء ، و المحكم يستطيع في حالات كثيرة وقف إجـراءات التحكـيم ليطلب تدخل المحكمة في إيجاد حل للنزاع . أما في الوقت الحاضـر فقـد تطـور التحكيم و أصبحت هناك هيئات ومراكز دولية تمارس وظيفة التحكيم ، وأصبح لكل هيئة أو مركز قانونها النموذجي للتحكيم التجاري الدولي ، كما أن غالبية التشريعات المقارنة وضعت قوانين خاصة بالتحكيم التجاري الدولي[1].

وبما أن التحكيم التجاري الدولي هو أداة لفـض المنازعـات الناشـئة بـين الأطراف فمن الضروري وجود عقد أو معاملة سابقة بين هؤلاء الأطراف ، ثم لا بد من وجود نزاع ناشئ عن هذه المعاملة أو العقد بخصوص تنفيذه أو تفسيره، ومن هنا يمكن للأطراف المتنازعة الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي .

وقد يكون الاتفاق على التحكيم سابقا أو لاحقا لنشأة النزاع بين الأطراف ، فإذا كان سابقا على نشأة النزاع فإنه يرد في صورة شرط في العقد الأول بين الطرفين والذي ينشأ النزاع بخصوص موضوع هذا العقد الأول ، بمقتضى هذا الشرط يتفقون على أن يتم الفصل في المنازعات التي قد تنشأ عن تفسيره أو تنفيذه عن طريـق نظـام التحكيم ، ويطلق عليه عندئذ شرط التحكيم [2]. أما إذا كان لاحقا لنشأة النـزاع بـين الأطراف ، فإنه يأخذ صورة عقد يتفقون فيه على عرض النزاع القائم والمحدد على هيئة تحكيم للفصل فيه بدلا من الالتجاء إلى القضاء العام في الدولة صاحبة الولايـة

---

[1] محمود السيد عمر التحيوي " أركان الاتفاق على التحكيم ..." ، المرجع السابق ، ص 12 .

[2] محمود السيد عمر التحيوي " التحكيم في المواد المدنية والتجارية ... " ، المرجع السابق، ص 2 .

العامة و الاختصاص بالفصل في جميع المنازعات بين الأفراد و يطلق عليه عندئـذ مشارطة التحكيم[1] .

وبما أن التحكيم التجاري الدولي ينشأ عن طريق اتفاق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم إما عن طريق شرط يكون كبند في عقد معين أو بموجـب عقـد ثـان يتفقون فيه بوجوب التجائهم إلى محكم للفصل في المنازعة الناشئة بينهم إثر تنفيذهم أو تفسيرهم للعقد الناشئ بينهم . ومما لا شك فيه أن نشأة التحكيم التجاري الـدولي مرتبطة بوجود معاملة سابقة أو عقد آخر ، وبناء على اتفاق الأطراف المتعاقـدة ، وأن التحكيم شبيه بالقضاء أو بالأحرى هو استثناء عن القضاء ، حيث أنه كما عبر الدارسين لهذا الميكانزم أنه الأسلوب الطبيعي لحل منازعات التجارة الدولية . فإن الحاجة العلمية تجعلنا نتساءل عن مدى استقلالية التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات التجارة الدولية عن العقد الأصلي منذ نشأته كاتفاق بين طرفي العقد إلى يوم صدور قراره وتنفيذه ؟ وعن آثار هذه الاستقلالية؟

وفي سياق ذلك يتعين البحث في استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي ، والغايـة من ذلك هو معرفة مدى استقلال هذا الاتفاق عن العقد الأصلي ، هل يبطل ببطلانه، أم يبقى صحيحا رغم بطلان العقد الأصلي الذي كان هو السبب في نشـوئه ، وأن نعرف ما جاءت به القوانين و اللوائح و المعاهدات في هذا السياق . كمـا يطـرح التساؤل حول القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم ، هل هو نفسـه القـانون الذي يطبق على العقد الأصلي ، أم يتم كذلك الاتفاق عليه من قبل الأطراف، أو هو قانون دولة المقر . فمن المهم جدا معرفة كيف يتم اختيار هـذا القـانون الواجـب التطبيق على اتفاق التحكيم التجاري الدولي لأن ذلك سوف يؤثر في تحقيق فاعليـة التحكيم التجاري الدولي.

وكذلك البحث عن الآثار المترتبـة عـن هـذه الاسـتقلالية مـن آثـار مباشـرة وغير مباشرة وفي هذا الشق نتعرف على أهم الآثار الناتجة عـن اسـتقلال اتفـاق التحكيم التجاري الدولي . كما نتطرق لأهم أثر ناتج عن هذه الاستقلالية وهو مبـدأ

---

[1] محمود السيد عمر التحيوي " أركان الاتفاق على التحكيم ..." ، المرجع السابق ، ص 12 .

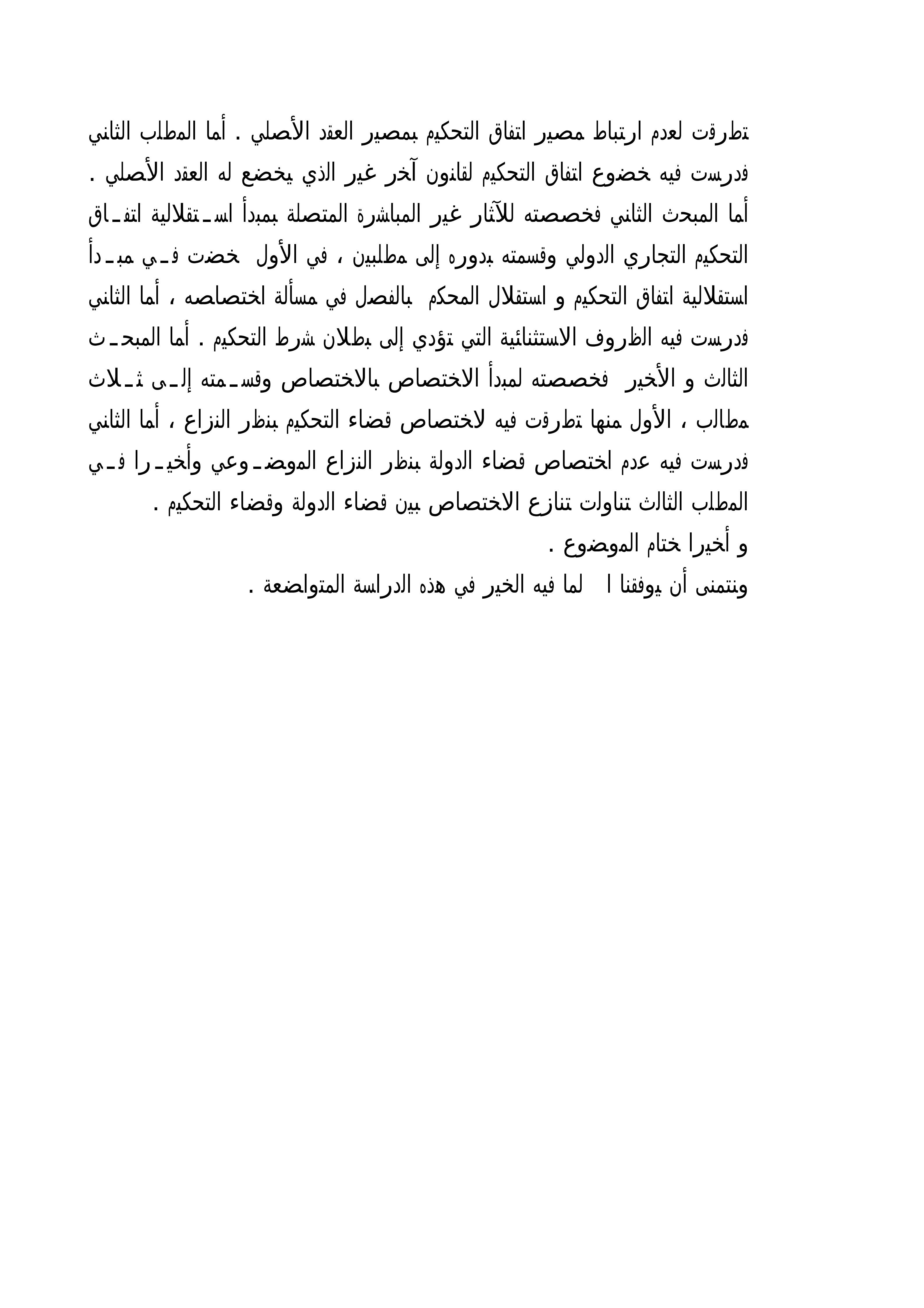
الاختصاص بالاختصاص لندرس حالة تداخل شرط الاختصاص القضائي مع شرط التحكيم في عقد تجاري دولي واحد و تأثير هذا الازدواج أو التعارض على تحقيـق فاعلية الاتفاق .

وللإجابة على هذين التساؤلين اعتمدت المنهج التحليلي فكثيرا ما كانت انطلاقتـي من بعض القرارات و الأحكام وقمت بتحليلها وبلورتهـا للوصـول إلـى النتـائج والمبادئ العامة من أجل تحقيق الدراسة ، كما استعنت في الكثيـر مـن الأحيـان بالمنهج التاريخي (الاستردادي) فمن خلال استرداد معطيات الماضي حاولت التحقق من مجرى الأحداث و تحليل القوى و المشكلات التي صاغت الحاضـر ، وهكـذا قمت بتعقب بعض الأحداث و متابعتها تاريخيا من خلال وقائع أثبتهـا المؤرخـون وتم إقرارها في المصادر التاريخية . كما استعنت في البعض من الأحيان الأخـرى بالمنهج الاستقرائي فسرت من الجزئيات كي أصل إلى قوانين عامة .

وقد ارتأيت تقسيم موضوع البحث إلى فصلين :

أتطرق في الفصل الأول إلى استقلال اتفاق التحكيم التجاري الدولي ، وبدوره قسمته إلى مبحثين اثنين ، في أولها تناولت استقلال اتفاق التحكيم التجاري الدولي عن العقد الأصلي . و رأيت أن أقسمه إلى مطلبين تناولت في الأول تكريس هذه الاسـتقلالية في الأنظمة القانونية ، و في الثاني ، تكريس هذه الاسـتقلالية فقهـا وقضـاء ، و المبحث الثاني من هذا الفصل الأول خصصته لاستقلالية اتفاق التحكـيم التجـاري الدولي عن القانون الذي يحكم العقد الأصلي و تطرقت فيه إلى ثلاث مطالب ، فـي أولها تناولت تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم من خـلال إعمـال منهج تنازع القوانين . أما المطلب الثاني فخصصته لتحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم من خلال إعمال منهج القواعد المادية . أما المطلـب الثالـث و الأخير فتطرقت فيه إلى الجمع بين كل من منهج تنازع القوانين و القواعد الماديـة من أجل تقرير صحة اتفاق التحكيم .

أما الفصل الثاني من موضوع بحثنا فخضت فيه في آثار استقلال التحكيم التجاري الدولي . و فيه أيضا تناولت ثلاث مباحث ، في أولها عالجت الآثار المترتبة على مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي ، وقسمته إلى مطلبين ، في أولهمـا



تطرقت لعدم ارتباط مصير اتفاق التحكيم بمصير العقد الأصلي . أما المطلب الثاني فدرست فيه خضوع اتفاق التحكيم لقانون آخر غير الذي يخضع له العقد الأصلي .

أما المبحث الثاني فخصصته للآثار غير المباشرة المتصلة بمبدأ اسـتقلالية اتفـاق التحكيم التجاري الدولي وقسمته بدوره إلى مطلبين ، في الأول خضت فـي مبـدأ استقلالية اتفاق التحكيم و استقلال المحكم بالفصل في مسألة اختصاصه ، أما الثاني فدرست فيه الظروف الاستثنائية التي تؤدي إلى بطلان شرط التحكيم . أما المبحـث الثالث و الأخير فخصصته لمبدأ الاختصاص بالاختصاص وقسـمته إلـى ثـلاث مطالب ، الأول منها تطرقت فيه لاختصاص قضاء التحكيم بنظر النزاع ، أما الثاني فدرست فيه عدم اختصاص قضاء الدولة بنظر النزاع الموضـوعي وأخيـرا فـي المطلب الثالث تناولت تنازع الاختصاص بين قضاء الدولة وقضاء التحكيم .

و أخيرا ختام الموضوع .

ونتمنى أن يوفقنا ا لما فيه الخير في هذه الدراسة المتواضعة .

الفصل الأول

استقلال اتفاق التحكيم في عقود التجارة الدولية

الفصل الأول

استقلال اتفاق التحكيم في عقود التجارة الدولية

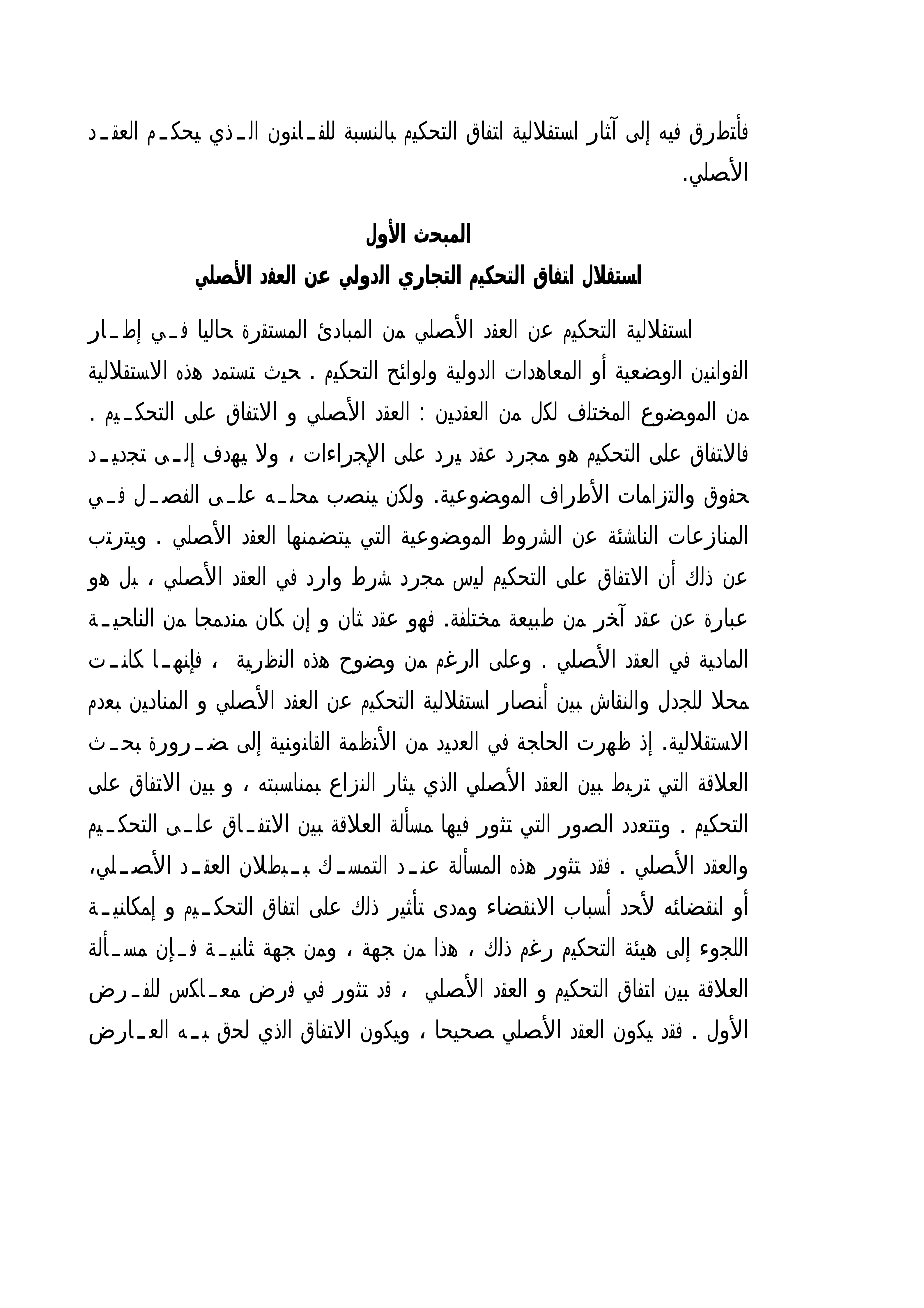
يعرف اتفاق التحكيم التجاري الدولي ، بأنه ذلك الاتفاق الذي بمقتضاه تتعهد الأطراف بأن يتم الفصل في المنازعات الناشئة بينها أو المحتمل نشوئها بينها من خلال التحكيم ، وذلك إذا كانت هذه المنازعات تتعلق بمصالح التجارة الدولية .
يتضح من خلال هذا التعريف التقليدي لاتفاق التحكيم ، أنه يتضمن نوعين من أشكال الاتفاق على التحكيم ، دون التفرقة بينهما ، هما شرط التحكيم ومشارطة التحكيم . وإلى جانب هاتين الصورتين التقليديتين للاتفاق على التحكيم ، فإن هناك صورة أخرى كشفت عنها الممارسات العملية ، وهي تلك المعروفة باسم شرط التحكيم بالإحالة أو شرط التحكيم بالإشارة . وإذا كان اتفاق التحكيم الدولي يشمل بمفهومه الواسع ، وفقا لما هو معروف في الأنظمة القانونية الوضعية الحديثة ، شرط التحكيم ومشارطة التحكيم و شرط التحكيم بالإحالة ، دون تمييز بينهم ، فمن الملاحظ أيضا أنه وفقا لما هو مستقر عليه في العديد من الأنظمة القانونية الوضعية المعاصرة ، فإن اتفاق التحكيم يتمتع بنوع من الاستقلالية . والحقيقة أن مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي يثار في كل مرة تكون فيها صحة العقد الأساسي محل نظر عندما يكون العقد الأساسي باطلا أو مشوبا بالبطلان [1] . و أن هذه الاستقلالية ، ترتب أثرين هامين ، أولهما هو استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي الذي يتضمنه ، أما الثاني فهو عدم خضوع اتفاق التحكيم لذات القانون الذي يحكم العقد الأصلي [2].

ومن خلال ذلك ، ارتأينا أن أقسم هذا الفصل إلى مبحثين ، أتطرق في أولهما إلى استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي عن العقد الأصلي ، أما المبحث الثاني

---

[1] نور الدين بن الشيخ ، شرط التحكيم في العقود الاقتصلادية الدولية ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير بجامعة الجزائر ، ص83.

[2] حفيظة السيد الحداد "الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي " ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة الأولى 2004 ، ص ص 117 ، 118.



فأتطرق فيه إلى آثار استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للقانون الذي يحكم العقد الأصلي.

المبحث الأول

استقلال اتفاق التحكيم التجاري الدولي عن العقد الأصلي

استقلالية التحكيم عن العقد الأصلي من المبادئ المستقرة حاليا في إطار القوانين الوضعية أو المعاهدات الدولية ولوائح التحكيم . حيث تستمد هذه الاستقلالية من الموضوع المختلف لكل من العقدين : العقد الأصلي و الاتفاق على التحكيم . فالاتفاق على التحكيم هو مجرد عقد يرد على الإجراءات ، ولا يهدف إلى تجديد حقوق والتزامات الأطراف الموضوعية. ولكن ينصب محله على الفصل في المنازعات الناشئة عن الشروط الموضوعية التي يتضمنها العقد الأصلي . ويترتب عن ذلك أن الاتفاق على التحكيم ليس مجرد شرط وارد في العقد الأصلي ، بل هو عبارة عن عقد آخر من طبيعة مختلفة. فهو عقد ثان و إن كان مندمجا من الناحية المادية في العقد الأصلي . وعلى الرغم من وضوح هذه النظرية ، فإنها كانت محلا للجدل والنقاش بين أنصار استقلالية التحكيم عن العقد الأصلي و المنادين بعدم الاستقلالية. إذ ظهرت الحاجة في العديد من الأنظمة القانونية إلى ضرورة بحث العلاقة التي تربط بين العقد الأصلي الذي يثار النزاع بمناسبته ، و بين الاتفاق على التحكيم . وتتعدد الصور التي تثور فيها مسألة العلاقة بين الاتفاق على التحكيم والعقد الأصلي . فقد تثور هذه المسألة عند التمسك ببطلان العقد الأصلي، أو انقضائه لأحد أسباب الانقضاء ومدى تأثير ذلك على اتفاق التحكيم و إمكانية اللجوء إلى هيئة التحكيم رغم ذلك ، هذا من جهة ، ومن جهة ثانية فإن مسألة العلاقة بين اتفاق التحكيم و العقد الأصلي ، قد تثور في فرض معاكس للفرض الأول . فقد يكون العقد الأصلي صحيحا ، ويكون الاتفاق الذي لحق به العارض

القانوني هو اتفاق التحكيم ذاته[1] ، فما هو مدى تأثير بطلان اتفاق التحكيم على العقد الأصلي؟

وأيا كانت الصور العديدة التي تثور فيها مسألة العلاقة بين اتفاق التحكيم و بين العقد الأصلي، فإن تقرير استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي يؤدي إلى قبول إخضاع العقد الأصلي لنظام قانوني يختلف عن ذلك الذي يحكم اتفاق التحكيم . أما القول بعدم استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي فيعني إخضاع كل من العقد الأصلي و اتفاق التحكيم إلى ذات النظام القانوني [2].

والملاحظ أن مبدأ استقلالية التحكيم - وهو الأمر الذي سنتطرق له الآن - يجري عليه العمل في العديد من الأنظمة القانونية المعاصرة و المعاهدات الدولية و لوائح التحكيم .

المطلب الأول
تكريس الاستقلالية في الأنظمة القانونية

ولتقدير مدى صحة مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي ، لا بد من الإجابة على التساؤل التالي : هل مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي والذي استخلصه القضاء الفرنسي سنة 1963 ، يعد مبدأ تقره الأنظمة القانونية الوضعية للعديد من الدول وتعترف به المعاهدات الدولية المنظمة للتحكيم ولوائح التحكيم المختلفة وتقضي به محاكم التحكيم الدولية ، على نحو يمكن معه القول بأن هذا المبدأ يعد من المبادئ العامة للتحكيم التجاري الدولي ؟ تقتضي الإجابة على هذا التساؤل المطروح أن نتعرض لموقف كل من الأنظمة القانونية الوضعية ولوائح التحكيم ، وما يجري عليه قضاء التحكيم التجاري الدولي .

---

[1] سامية راشد " التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة " الكتاب الأول " اتفاق التحكيم" دار النهضة العربية ، طبعة 1984، ص 78 .

[2] سامية نفس المرجع ، ص 78 و ما بعدها .

الفرع الأول

موقف المعاهدات الدولية

من الثابت أن الاعتراف بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي الذي يتضمنه لا يستخلص بشكل صريح من المعاهدات الدولية الرئيسية المنظمة للتحكيم ، ومن هنا فإن التصديق على هذه المعاهدات من قبل الدول الأطراف فيها ليس هو السبب في تبني هذه الأنظمة القانونية لهذا المبدأ . فمعاهدة نيويورك الموقعة سنة 1958 لا تشير إلى مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي بطريقة مباشرة .
إذ اقتصرت هذه المعاهدة في المادة 5 الفقرة الأولى على الإشارة إلى إمكانية رفض الاعتراف بحكم المحكم وتنفيذه إذا أثبت الطرف المطلوب الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم ضده أن اتفاق التحكيم غير صحيح وفقا للقانون الذي يخضع له اتفاق التحكيم ، وفي حالة عدم وجود إشارة صريحة لهذا القانون وفقا لقانون الدولة التي صدر فيها حكم التحكيم[1] .

ومع ذلك فلقد استخلص أحد الفقهاء (P.SCHLOSSER الألماني الجنسية) من هذا النص ، أن اتفاق التحكيم يمكنه أن يخضع إلى قانون آخر غير ذلك الذي يخضع له العقد الأصلي ، و بالتالي فإن معاهدة نيويورك تكون قد قبلت ضمنا أن يكون لاتفاق التحكيم نظاما قانونيا عن العقد الأصلي أي يمكن إدراجها في إطار الاتجاهات المؤيدة لفكرة استقلالية اتفاق التحكيم .

ولقد ذهب جانب من الفقه[2] إلى وصف التفسير المتقدم بالجرأة ، فالواقع على ما يبدو أن المعاهدة تركت لكل من القوانين المحتملة التطبيق الحرية في الفصل في هذه المسألة.

وهذا ما يظهر جليا بالنظر إلى نص المادة السابعة من الاتفاقية المذكورة ، والتي تنص على أنه " لا تخل أحكام هذه الاتفاقية بصحة الاتفاقات الجماعية أو الثنائية التي أبرمتها الدولة المتعاقدة

---

[1] حفيظة السيد الحداد "النظرية العامة..." ، المرجع السابق ، ص 126

[2] E.Gaillard « Arbitrage commercial international convention d'arbitrage , autonomie et principe de validité , droit applicable » JURIX .Cl Droit international , N°.15.

بشأن الاعتراف بأحكام المحكمين و تنفيذها و لا تحرم أي طرف من حقه في الاستفادة بحكم من أحكام المحكمين بالقدر المقرر في تشريع أو معاهدات البلد المطلوب إليها الاعتراف والتنفيذ" [1].

كما أن معاهدة جنيف الموقعة في 21 أفريل 1961 لم تتخذ موقفا صريحا إلا بشأن مسألة اختصاص المحكمين بالفصل في اختصاصهم وذلك في المادة الرابعة الفقرة الثالثة . صحيح أن هذه المسألة تتصل بشكل وثيق بموضوع استقلالية شرط التحكيم، ولكن الاعتراف بهذا المبدأ الأخير لا يستخلص إلا بشكل ضمني .

أما بالنسبة لمعاهدة واشنطن الموقعة في 18 مارس 1965 ، و التي أنشأت المركز الدولي لفض المنازعات الناشئة عن الاستثمار ، فقد اقتصرت في المادة 41 الفقرة الأولى منها على التأكيد أن محكمة التحكيم هي القاضي بالنسبة لمسألة اختصاصها . وعلى عكس الاتجاه الذي اتخذته المعاهدات الدولية ، و التي لم تشر بشكل صحيح إلى قبول مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي ، حيث تم استخلاص هذا المبدأ من قبل جانب من الفقه بالإشارة إلى فكرة التفسير الضمني ، فإن مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم كرسته صراحة العديد من القوانين الوضعية و أيضا أحكام القضاء في العديد من الدول[2].

الفرع الثاني
موقف القوانين الوضعية

تنص الغالبية العظمى من التشريعات الحديثة ، المتعلقة بالتحكيم ، على مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم صراحة . فالقانون الجزائري في المادة 458 مكرر 1 الفقرة الرابعة منها من المرسوم التشريعي 93/09 الصادر في 25 أفريل 1993 ، نص على أنه لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم بسبب أن العقد الأساسي قد يكون

---

[1] حفيظة السيد الحداد "النظرية العامة..." ، المرجع السابق، ص 127 .

[2] حفيظة السيد الحداد ، نفس المرجع السابق ، ص 128.

غير صحيح [1] . كذلك قانون الإجراءات المدنية الجزائري الصادر بموجب الأمـر رقم 154/66 المؤرخ في 18 صفر 1386 الوافق لـ08 جويلية 1966 والمتضمن قـانون الإجراءات المدنية . يكون بهذا المشرع الجزائري قد أخذ بالقانون السويسري المادة 3/178 منه . وبالقضاء الفرنسي في مسألة اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأساسي [2] .

أما القانون المصري الجديد رقم 27 لسنة 1994 ، فأكد على مبـدأ اسـتقلالية اتفـاق التحكيم عن العقد الأصلي وذلك في مادته 22 التي تنص على أنـه "يعتبـر شـرط التحكيم اتفاقا مستقلا عن شروط العقد الأخرى و لا يترتـب علـى بطـلان العقـد أوفسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه ، إذا كان هـذا الشـرط صحيحا في ذاته" . كما تبنى كل من القانون البلجيكي الجديد للتحكـيم ، و قـانون الإجراءات المدنية الهولندي أن اتفاق التحكيم يعتبر مكونا لاتفاق مستقل وأن لمحكمة التحكيم السلطة في الفصل في مسألة صحة العقد الأصلي الذي يكون اتفاق التحكـيم مدرجا به أويشير إليه . كما أن المادة 178 فقرة 3 من القـانون الـدولي الخـاص السويسري الصادر سنة 1987 تنص أيضا على "أنه لا تجوز المنازعة فـي صـحة اتفاق التحكيم بمقولة عدم صحة العقد الأصلي ". بالإضافة للمـادة 8 مـن القـانون الإسباني الصادر في 5 ديسمبر 1988 بشأن التحكيم ، تنص على أن بطلان العقـد لا يؤدي بالضرورة إلى بطلان اتفاق التحكيم المتعلق به .

كذلك القانون التونسي ، الصادر في 29 أفريل لسنة 1993 ، يقر مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي .

وإذا كان مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي كرسته النصوص القانونيـة في العديد من الدول ، فإن هذا المبدأ كرس في دول أخرى ليس بمقتضى نصـوص تشريعية و إنما من خلال القضاء ، وذلك هو شأن القضاء الفرنسي الذي تعرضنا له سابقا .

---

[1] Mohamed Bedjaoui et Ali Mebroukine « Le nouveau droit de l’arbitrage en Algérie » , clounet 1993 , p.873.

[2] عليوش قربوع كمال " التحكيم التجاري الدولي في الجزائر " ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر ، ط 2002/2001 ، ص36 .

وأيضا ذلك هو حال الولايات المتحدة الأمريكية ، إذ قبلت المحكمة العليا ابتداء من سنة 1967 في قضية بريما برنت Prima print ضد فلود و كوكن Fload and Conkin أنه تبعا للقانون الفدرالي فإن مصير اتفاق التحكيم يعد مستقلا و منفصلا عن مصير العقد المدرج في هذا الاتفاق.

بالإضافة للعديد من الدول الأخرى التي تقبل أيضا مبدأ اسـتقلال اتفـاق التحكـيم كالقانون الألماني والإيطالي و الياباني .

وعلى الرغم من هذا القبول شبه العام للعديد من الأنظمة القانونية لمبـدأ اسـتقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي ، فإن القانون الإنجليزي يمثل حالة خاصة ، إذ أنـه لا يقبل الاعتراف بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم إلا بصعوبة شديدة . فمبدأ الانفصال بين اتفاق التحكيم و العقد الأصلي من المبادئ التي لم يتم تكريسها بشكل كامل فـي القانون الإنجليزي إلا في وقت قريب جدا في مناسبتين : الأولـى تتعلـق بـالحكم الصادر في قضية هاربور Harbour ضد كانسا Kansa عام 1996 .أما المناسبة الثانية فهي تتعلق بصدور قانون التحكيم الإنجليزي الجديد سنة 1996 ، و الذي كرس مبـدأ استقلالية التحكيم عن العقد الأصلي بموجب نص المادة السابعة من هذا القـانون .

ولقد أثار الرفض السابق من قبل القانون الإنجليزي لمبدأ استقلالية اتفاق التحكـيم ، التساؤل حول مدى اعتبار مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي بمثابة مبـدأ عام من مبادئ التحكيم التجاري الدولي ؟

إذ ذهب جانب من الفقه ، إلى أن هذا القبول العام من الأنظمة القانونية الوطنية لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي ، ساعد قضاء التحكيم إلى الإشـارة إليـه على اعتبار أنه مبدأ عام من مبادئ القانون التجاري الدولي [1]. بينما يرى جانب من الفقه أن مجرد رفض القانون الإنجليزي في حد ذاته لهذا المبدأ ، يحول دون اعتبار مبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي ، بمثابة مبدأ مـن مبـادئ التحكـيم التجاري الدولي ، ولا سيما و أن القانون الإنجليزي يعد واحدا من الأنظمة القانونية المتطورة في هذا الصدد .

---

[1] E. Gaillard , op.cit , N°. 17

وردا على الرأي المتقدم فإن جانبا من الفقه ، يرى أن القـول بوجـود مبـدأ عـام يفترض مطلقا اعتراف جميع الدول المعنية بالمبدأ محل البحث ، و إلا أدى ذلك إلى نزع فعالية فكرة المبدأ العام ، خاصة و أن الاتجاه العـام فـي الاعتـراف بمبـدأ استقلالية شرط التحكيم على نحو ما يظهره القانون المقارن و النصوص ذات الطابع الدولي لا تضع أدنى شك في أن هذا المبدأ يعد مبدأ عاما من مبادئ القانون التجاري الدولي[1].

و إذا كان مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم تكرسه العديد من القوانين الوضعية بما فـي ذلك قانون التحكيم الإنجليزي الجديد ، فما هو موقف لوائح التحكيم الدولي من هـذا المبدأ ؟

الفرع الثالث
موقف لوائح التحكيم

تستمد لوائح التحكيم قوتها من إرادة الأطراف التي تشير إليها . ويرى جانب من الفقه أن تأكيد مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم ، الذي تشير إليه هذه اللوائح ، يتعين تفسيره على أنه يعبر عن إرادة الأطراف ، في أن يعامل اتفاق التحكيم على نحـو مستقل عن المعاملة التي يلقاها العقد الأصلي .

وتعد لائحة التحكيم التي أعدتها غرفة التجارة الدولية بباريس ، مـن أهـم لـوائح التحكيم التجاري الدولي التي كرست مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم . إذ تـنص هـذه اللائحة في المادة 6 فقرة 4 على أنه " ما لم يوجد اتفاق مخالف ، فإنه لا يترتب على البطلان أو انعدام العقد المدعى بهما ، عدم اختصاص المحكم ، إذا تمسك بصـحة اتفاق التحكيم[2].

ويظل المحكم مختصا ، حتى في حالة انعدام أو بطلان العقد ، وذلك بغرض تحديد الحقوق المتبادلة للأطراف و للفصل في طلباتهم وادعاءاتهم" .

---

1 E. Gaillard , op.cit , N°.17

2 E. Gaillard , op.cit , N°. 09.

ويتضح من هذا النص ، أنه يؤكد على استقلالية اتفاق التحكيم بوضوح كامل ليس فقط في حالة الادعاء ببطلان العقد الأصلي ولكن أيضا في حالة الإدعاء بعدم وجود هذا العقد من أساسه . وكذلك فإنه لا يوجد أدنى شك ، في أن المحكم إذا لاحظ انعدام العقد الأصلي أو بطلانه ، فإنه لا يجب أن يتوقف على مجرد هذه الملاحظة، بل لا بد أن يستخلص منها الآثار المترتبة على هذا البطلان أو الانعدام فيما يتعلق بادعاءات الأطراف .

فليس للمحكم أن يقضي بعدم اختصاصه ، ويتوقف على الفصل في المنازعة المعروضة عليه إذ لاحظ انعدام أو بطلان اتفاق التحكيم ذاته [1].

ويرى جانب من الفقه ، أن موقف لائحة التحكيم أقل صراحة فيما يتعلق بمعرفة ما إذا كانت ذات القاعدة المتقدمة يتعين اتباعها من قبل المحكمة الدولية للتحكيم إذا ما شرعت في فحص مسألة وجود أو صحة اتفاق التحكيم لأول وهلة ، وذلك بإعمال نص المادة 6 فقرة 2 من لائحة الغرفة .

ويرى جانب من الفقه الفرنسي ، أنه يتعين الفصل في هذه المسألة ، في ضوء احترام مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي ، وهو ما يدفع إلى القول بأن الرقابة الظاهرية يجب أن تكون صريحة على نحو قاطع للرقابة المحتمل ممارستها فيما بعد من قبل المحكمين بشأن هذا الموضوع . فمبدأ الاستقلالية الذي يقوم المحكمون بتطبيقه يتعين إعماله أيضا بواسطة المحكمة الدولية للتحكيم من باب أولى. وهذا الحل يستخلص من لائحة التحكيم ، فمبدأ استقلال اتفاق التحكيم يعبر عن الإرادة المفترضة للأطراف ، في أن ترى اتفاق التحكيم يتم معاملته بشكل مستقل عن العقد الأصلي ، وهو ما يتماشى مع لائحة التحكيم الخاصة بغرفة التجارة الدولية بباريس . فالمسألة التي تفحصها محكمة التحكيم لا تتعلق إذن بوجود وصحة العقد الأصلي ولكن فقط بوجود وصحة اتفاق التحكيم .

كذلك فإن لائحة التحكيم التي أقرتها الجمعية العامة في 28 أفريل 1976 والتي أعدتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي ، والتي أوصت الجمعية العامة للأمم

---

[1] B.Goldman « les conflits de loi dans l'arbitrage international de droit privé » Rec des cours de l'académie de DR inter .1963 I , N°33, p.349 . et aussi E.Gaillard , , op.cit , N°10 .

المتحدة بإعمال أحكامها على حل المنازعات الناشئة عن العلاقات التجارية الدولية تضمنت نصوصا تكرس مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم واختصاص المحكم بالفصل في مسألة اختصاصه [1].

إذ تنص المادة 1/21 من اللائحة على أنه تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المثارة بشأن عدم اختصاصها ، بما في ذلك كل دفع يتعلق بوجود وصحة شرط التحكيم أو اتفاق التحكيم المستقل . وتنص الفقرة الثانية من نفس المادة ، أن لهيئة التحكيم الاختصاص في الفصل في وجود وصحة العقد الذي يعد شرط التحكيم جزءا منه .

وفيما يتعلق بأهداف هذه المادة ، فإن شرط التحكيم الذي يعد شرطا في العقد و الذي ينص على التحكيم وفقا للائحة الحالية ، يعد شرطا مستقلا عن الشروط الأخرى التي يتضمنها العقد ، ولا يترتب على تقرير هيئة التحكيم بطلان العقد الأصلي ، بطلان شرط التحكيم بقوة القانون . ويكرس هذا المبدأ صراحة اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في مسألتي صحة ووجود كل من العقد الأصلي وشرط التحكيم .

بالإضافة إلى لوائح التحكيم السابق ذكرها ، فإن لوائح التحكيم التي يقر لها أن تلعب دورا هاما في دول Common Law كرست أيضا مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم . فلائحة التحكيم الصادرة سنة 1978 عن غرفة لندن للتحكيم الدولي تبنت في المادة 1/14 نصوص المادة 2/21 من اللائحة التي أعدتها لجنة الأمم المتحدة للقانون [2].

كذلك فإن لائحة التحكيم التجاري الدولي الصادرة عام 1992 عن الهيئة الأمريكية للتحكيم وضعت مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم في المادة 15 منها ، وفي صياغة مشابهة لتلك المنصوص عليها في لائحة التحكيم الصادرة عن لجنة الأمم المتحدة للتحكيم التجاري الدولي [3].

و إذا كان الاستعراض السابق للأنظمة القانونية الوضعية في العديد من الدول ، وأيضا للمعاهدات الدولية ولوائح التحكيم الصادرة عن غرف التحكيم الدولية أظهر

---

[1] Ph.Fouchard , « la loi –Type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international » , clunet .1987 , p.861 et Rev .arb .1987 .884

[2] B.Goldman , op.cit , N°35 . et aussi E.Gaillard , op.cit , N°. 12 .

[3] E.Gaillard , op.cit , N°. 12 .

تبنيها بشكل عام وكامل لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي ، فما موقف كل من القضاء و الفقه من مسألة استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي

المطلب الثاني
تكريس هذه الاستقلالية قضاء وفقها

ينصرف مفهوم استقلال اتفاق التحكيم التجاري الدولي تجاه العقد الأصلي إلى استقلال هذا الاتفاق عن حكم العقد الأصلي الذي ورد فيه أو ارتبط به ، بحيث ينظر دائما في تقدير صحة الاتفاق إلى ذات ماهيته ، أي من حيث وجوده هو ، لا من حيث وجود العقد ، وقد انتشر مبدأ استقلال اتفاق التحكيم التجاري الدولي عن العقد الأصلي في الأوساط القضائية عن طريق أحكام قضائية عديدة ، حتى نال شهرة كبيرة في مختلف بلدان العالم ، كما انتشر في أوساط الفقه حتى انقسم هذا الأخير إلى قسمين بين مؤيد ومعارض لهذا المبدأ وسوف نعرض لذلك على المنوال التالي :

الفرع الأول
تكريس هذه الاستقلالية قضاء

أتناول في هذا الفرع نقطتين ، في الأولى تكريس مبدأ استقلالية التحكيم عن العقد الأصلي بواسطة القضاء العادي ، أما النقطة الثانية فأتناول فيها تكريس مبدأ استقلالية التحكيم عن العقد الأصلي بواسطة قضاء التحكيم وذلك على النحو الآتي :

أولا- تكريس مبدأ استقلالية التحكيم عن العقد الأصلي بواسطة القضاء العادي

يعتبر مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم في علاقته بالعقد الأصلي مـن المبـادئ المستقرة في بعض القوانين الوضعية بشأن التحكيم التجاري الدولي . ويمكن القـول أن القضاء الهولندي هو أول من قرر صراحة مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي عن العقد الأصلي ، فقد أصدرت المحكمة الهولندية في 27 ديسـمبر 1935 حكما يقضي بأنه في حالة تنازع الأطراف حول صحة أو بطلان العقد ، فإن ذلك لا يمنع من اختصاص المحكم بالفصل في النزاع رغم احتمال عدم صحة العقد الـذي ورد به شرط التحكيم ، ثم أصدر القضاء الألماني في 14 ماي 1952 حكما يقضـي

بأن مصير شرط التحكيم ينفصل تماما عن مصير العقد الذي تضمنه . وهو ما قرره القضاء الإيطالي فـي الحكـم الصـادر عـن محكمـة الـنقض الإيطاليـة فـي 12 جانفي1959، وقد تأثر القضاء الفرنسي بهذه الأحكام [1]. ثم بعد ذلك انتشر مبدأ الاستقلال في أحكام قضائية عديدة حتى نال شهرة كبيرة في بلـدان مختلفـة فـي العالم[2]. ولقد كرس هذا المبدأ إما عن طريق أحكام القضاء أو بنصوص تشريعية . ففي فرنسا مثلا ذهبت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في ماي 1963 في قضية قوسييه Gosset [3] إلى أنه "في إطار التحكيم التجاري الـدولي ، فـإن اتفـاق التحكيم سواء تم هذا الاتفاق على نحو منفصل ومستقل عـن التصـرف القـانوني الأصلي أو تم إدراجه به فإنه يتمتع دائما ، إلا إذا ظهـرت ظـروف اسـتثنائية ، باستقلال قانوني كامل ، يستبعد معه أن يتأثر اتفاق التحكيم بأي بطلان محتمل يلحق بهذا التصرف. هذا المبدأ الذي وضعته محكمة النقض الفرنسية سارت عليه محـاكم الاستئناف الفرنسية في العديد من أحكامها . كما أن محكمة النقض ذاتها أتيحت لها الفرصة في التأكيد على هذا المبدأ مع تغاضيها عن القيد السابق الـذي أوردتـه و المتعلق " بالظروف الاستثنائية " التي لم تستخلص منه أية آثار عملية ، وذلك فـي العديد من القضايا [4].

ففـي قضـية أمبـاكس Impex [5] ، و قضـية هاشـت Hecht وقضـية

---

[1] أحمد مخلوف ، المرجع السابق ، ص 118 .

[2] من ذلك ما قررته المحكمة العليا الأمريكية في 12 جوان 1967 من أن بطلان العقد لعيب التدليس لا يمتد إلى شرط التحكيم الذي ورد فيه .

[3] وقائع قضية Gosset تتعلق بتنفيذ حكم تحكيم صادر في إيطاليا إعمالا لشرط التحكيم المدرج في العقد المبرم بين مستورد فرنسي ومصدر إيطالي و الحكم الذي قضى بالتعويض للمصدر الإيطالي بسبب خطأ المستورد الفرنسي بعدم جواز تنفيذ التحكيم استنادا إلى أن العقد الذي ورد به شرط التحكيم يعد باطلا بطلانا مطلقا لمخالفته للنظام العام الفرنسي لعدم احترامه للقواعد الآمرة المتعلقة بالاستيراد . ولما كان العقد الأصلي ذاته باطلا فإن شرط التحكيم يبطل بالتبعية لبطلان العقد الأصلي، ويترتب أيضا على ذلك بطلان حكم التحكيم الصادر بناء على هذا الشرط الباطل ، ولقد رفضت محكمة النقض الفرنسية هذا النظر إعمالا لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي .

[4] حفيظة السيد الحداد المرجع السابق ص 122.

[5] و قضية Impex ذهبت فيها محكمة النقض الفرنسية إلى تأييد قاضي الموضوع فيما ذهب إليه من اعتبار اتفاق التحكيم اتفاقا مستقلا من الناحية القانونية ، وفقا للقانون الدولي الخاص الفرنسي ، بالعقد الوارد على تصدير الحبوب إلى إيطاليا، والذي صور على أنها عملية بيع إلى البرتغال و سويسرا ومنها إلى إيطاليا للاستفادة من القواعد و المزايا المقررة في داخل السوق الأوروبية المشتركة بهدف التصدير لدول أخرى خارج السوق . ولقد رفضت السلطات الجمركية الفرنسية تراخيص التصدير بسبب الغش . وعندما أثيرت مسألة بطلان العقود نظرا لعدم مشروعية السبب ، ومدى تأثر شرط التحكيم بهذا البطلان ، انتهى القضاء الفرنسي إلى بطلان العقود الأصلية بسبب عدم مشروعية سببها=

Menicucci [1] ، ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى تأكيد مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم دون أدنى قيود.

ولقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 20 ديسـمبر 1993 فـي القضية المعروفة باسم Dalico بالقضاء بأنه وفقا لقاعدة من القواعـد الماديـة فـي القانون الدولي للتحكيم ، فإن شرط التحكيم يعد مستقلا من الناحية القانونية عن العقد الأصلي الذي يتضمنه سواء بشكل مباشر أو عن طريق الإشارة .

ويبدو أن تقدير مدى صحة المقولة السابقة يتوقف على الإجابة على التساؤل التالي : هل مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي و الـذي استخلصـه القضـاء الفرنسي سنة 1923 ، يعد مبدأ تقره الأنظمة القانونية الوضعية للعديـد مـن الـدول وتعترف به المعاهدات الدولية المنظمة للتحكيم التجاري الدولي ولـوائح التحكـيم المختلفة وتقضي به محاكم التحكيم الدولية ، على نحو يمكن معه القول بـأن هـذا المبدأ يعد من المبادئ العامة للتحكيم التجاري الدولي ؟

تقتضي الإجابة على التساؤل المطروح أن نتعرض لموقف كل من الأنظمة القانونية الوضعية ولوائح التحكيم ، وما يجري عليه قضاء التحكيم التجاري الدولي .

ثانيا- تكريس مبدأ استقلالية التحكيم عن العقد الأصلي بواسطة قضاء التحكيم الدولي

أبرزت العديد من أحكام التحكيم استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي على اعتبار أن هذا الأمر يتعلق بمبدأ عام من مبادئ القانون التجاري الدولي ، وذلك دون أن ترى أدنى حاجة من أجل تبرير هذه الاستقلالية ، إلى الإشارة إلى قانون وطني محدد .

ففي القضية رقم 1526 لسنة 1968 قرر الحكم التحكيمي الصادر فيها أن هناك قاعـدة تحوز القبول العام في إطار التحكيم التجاري الدولي أو في طريقهـا إليـه ، مـن

=لتوافر الغش الذي لا يؤثر على صحة شرط التحكيم ، نزولا عن مبدأ الاستقلالية التي يتمتع بها هذا الشرط بالنسبة للعقد الأصلي.

[1] أما قضية Menicucci ، فأبرم العقد الأصلي بين شركة هولندية وشخص فرنسي لا يعد تاجرا ، ولما كان القانون الفرنسي يحظر أن يتضمن العقد في هذه الحالة شرط التحكيم ، فإن الطرف الفرنسي متجاهلا شرط التحكيم الوارد في العقد قام باللجوء إلى القضاء الفرنسي . ولقد دفعت الشركة الهولندية بعدم جواز نظر الدعوى القضائية إعمالا لشرط التحكيم وهو الدفع الذي تقبله القضاء الفرنسي احتراما لشرط التحكيم واستقلاليته وذلك بغض النظر عن أحكام القانون الفرنسي .

مقتضاها أن شرط التحكيم سواء تمت الموافقة عليه بشـكل منفصـل عـن العقـد الأصلي أو كان متضمنا فيه ، يتمتع دائما باستقلالية قانونية كاملة إلا فـي حـالات استثنائية ، على نحو يستبعد معه إمكانية تأثره بأي بطلان محتمل يلحق هذا العقد . والتحفظ الذي ذكره الحكم المذكور لا محل لوجوده الآن في قضاء التحكيم ، شـأنه في ذلك شأن أحكام محكمة النقض الفرنسية في أحكامها اللاحقة على حكم Gosset . إذ أسقطت أحكام التحكيم من الحسبان التحفظ المشار إليه بشأن الظروف الاستثنائية، التي كان من شأنها الاصطدام بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم، على نحو ما ذهبت إليه أيضا محكمة النقض الفرنسية .

ولقد ذهبت بعض أحكام التحكيم إلى وصف المبدأ المتقدم ، بأنه يشكل قاعـدة مـن القواعد المادية لقانون التجارة الدولية . ولقد ذهبت بعض أحكام التحكـيم إلـى ذات الاتجاه الذي ذهبت إليه أحكام القضاء الفرنسي ، مقررة أنه وفقا لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم ، فإنه يخضع في التحكيم الدولي إلى قانون آخر غير ذلك الذي يسري على العقد الأصلي [1].

كذلك فإن جانبا من التحكيمات الصادرة في المنازعات الناشئة عن العقود المبرمـة بين الدول و الأشخاص الأجنبية التابعة لدول أخرى [2]، ذهبت بدورها إلى تأكيد مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي الوارد به هذا الاتفاق .

ففي التحكيمات الثلاثة الصادرة في المنازعات الناشئة بين ليبيا و الشركات الأجنبية قامت محاكم التحكيم المعنية ، بإعمال مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم مؤكدة علـى أن اتفاق التحكيم يظل قائما على الرغم من إنهاء عقد الامتياز الذي قامت به الحكومـة الليبية ، وأن هذا الاتفاق يعد أساسا لاختصاص محكمة التحكيم . ففي حكم التحكـيم الذي أصدره المحكم المنفرد لاقريقن M.Lagregen في 10 أكتوبر 1973 فـي قضـية B.P. فردا على ما تمسكت به شركة B.P من أن التأميم و الإجراءات اللاحقة عليه لا أثر لها في إنهاء عقد الامتياز والذي يظل صحيحا وقابلا للتطبيق ، ذهب المحكم

---

1 حفيظة السيد الحداد ، المرجع السابق ، ص 134

2 حفيظة السيد الحداد " العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية التابعة لدول أخرى" ، بيروت مطبوعات الحلبي طبعة 2003 .

إلى أن القانون الصادر بالتأميم أنهى عقد الامتياز الممنوح إلى شركة B.P ، باستثناء أثر عقد الامتياز الذي يعد أساسا لاختصاص هذه المحكمة ويعد أيضا أساسا لحق الشركة الطالبة في المطالبة بالتعويضات قبل المدعي عليه أمام محكمة التحكيم . كما انتهى الأستاذ رينيه جون دوبي René Jean Dupuy في قضية تكساكو Texaco ضد ليبيا بشكل أكثر صراحة من التحكيم السابق في الحكم التمهيدي الذي أصدره في 27 نوفمبر 1975 و المتعلق بالفصل في مسألة اختصاصه إلى رفض النظرية التي تمسكت بها الحكومة الليبية والتي وفقا لها وضع التأميم نهاية لعقود الامتياز ، و أن هذا الأثر يتعين أن يمتد إلى شرط التحكيم المدرج بها ، مستندا بذلك على مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم .

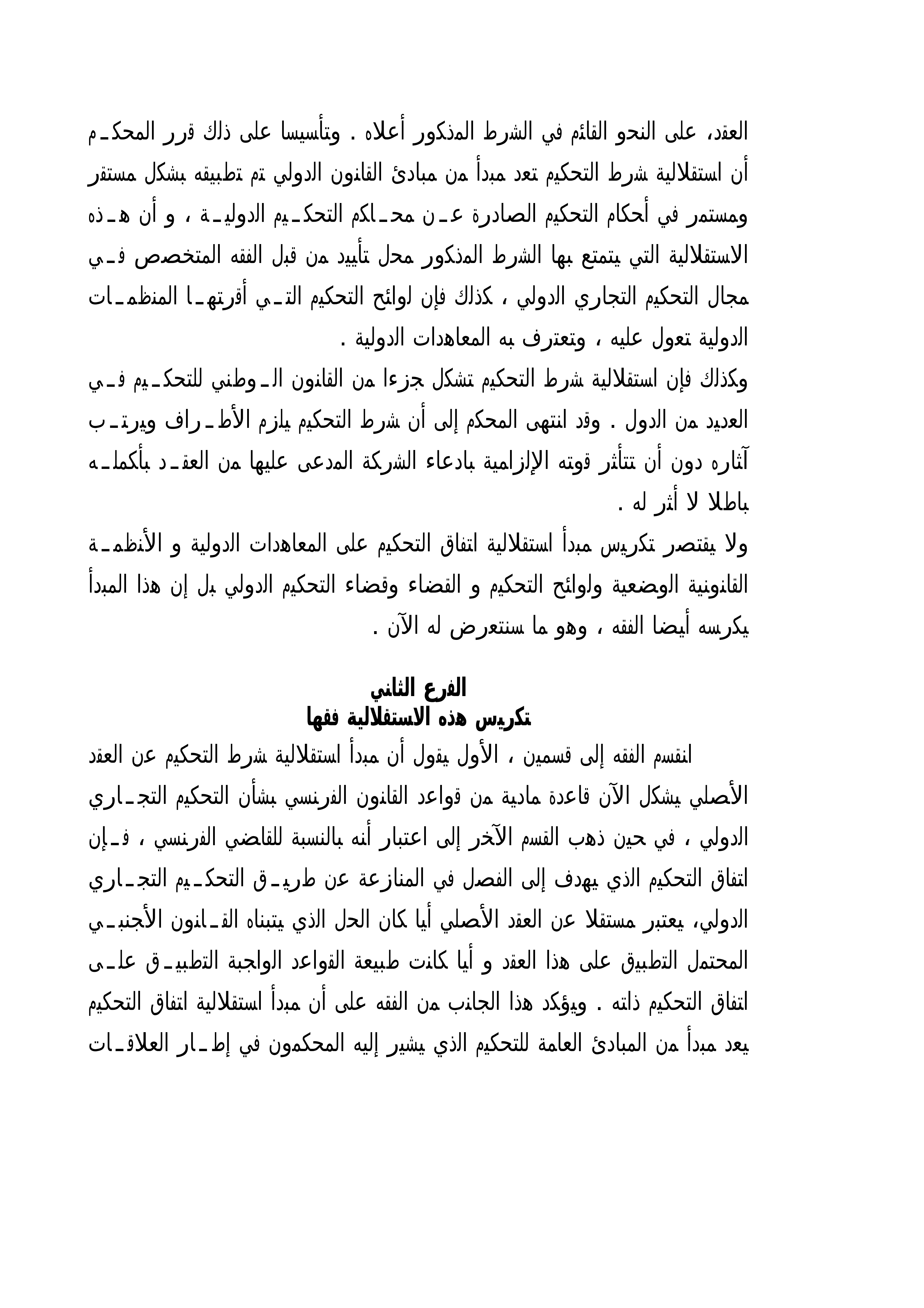
كما ذهب المحكم المنفرد محمد صبحي المهمساني M.Sobhi Mahmassani في قضية ليامكو ليبيا LiamcoLibye في الحكم الذي صدر في 12 أفريل 1977 إلى أنه " من المتفق عليه عموما سواء في الممارسات العملية أو في القانون الدولي بقاء شرط التحكيم ، بعد الإنهاء بالإرادة المنفردة من قبل الدولة للعقد الذي يوجد فيه هذا الشرط ، والذي يظل ساري المفعول حتى بعد هذا الإنهاء " [1].

كذلك فإن حكم التحكيم الصادر في كوبنهاجن في 14 جانفي 1982 في قضية ألف Elf ضد نيوك Nioc كرس أيضا مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم . إذ ذهب المحكم المنفرد الأستاذ قومار Gomard عند فصله في المنازعة بشان عقد نص فيه على أن محكمة التحكيم أوالمحكم المنفرد من أجل إصدارها للحكم التحكيمي غير ملزمة بأي وجه من الوجوه بأية قاعدة قانونية محددة ، ولكن لها السلطة في أن تؤسس قرارها ، على الاعتبارات المتعلقة بالإنصاف وعلى المبادئ القانونية المعترف بها و لا سيما بمبادئ القانون الدولي . وأنه في حالة عدم اتفاق الأطراف على مقر التحكيم و إجراءاته فإن للمحكم تحديد هذه المسائل ، إلى تقرير أن مقر التحكيم هو كوبنهاجن و أن القانون الإجرائي الدانمركي هو الذي يتعين تطبيقه على الإجراءات.

ولقد اعتبر المحكم أن المسائل المتعلقة باختصاص المحكم بالفصل في موضوع اختصاصه ، واستقلالية شرط التحكيم يتعين حسمها في ضوء القانون الذي يحكم

---

[1] حفيظة السيد الحداد "النظرية العامة..." ، المرجع السابق ، ص 136.



العقد، على النحو القائم في الشرط المذكور أعلاه . وتأسيسا على ذلك قرر المحكم أن استقلالية شرط التحكيم تعد مبدأ من مبادئ القانون الدولي تم تطبيقه بشكل مستقر ومستمر في أحكام التحكيم الصادرة عن محاكم التحكيم الدولية ، و أن هذه الاستقلالية التي يتمتع بها الشرط المذكور محل تأييد من قبل الفقه المتخصص في مجال التحكيم التجاري الدولي ، كذلك فإن لوائح التحكيم التي أقرتها المنظمات الدولية تعول عليه ، وتعترف به المعاهدات الدولية .

وكذلك فإن استقلالية شرط التحكيم تشكل جزءا من القانون الوطني للتحكيم في العديد من الدول . وقد انتهى المحكم إلى أن شرط التحكيم يلزم الأطراف ويرتب آثاره دون أن تتأثر قوته الإلزامية بادعاء الشركة المدعى عليها من العقد بأكمله باطلا لا أثر له .

ولا يقتصر تكريس مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم على المعاهدات الدولية و الأنظمة القانونية الوضعية ولوائح التحكيم و القضاء وقضاء التحكيم الدولي بل إن هذا المبدأ يكرسه أيضا الفقه ، وهو ما سنتعرض له الآن .

الفرع الثاني
تكريس هذه الاستقلالية فقها

انقسم الفقه إلى قسمين ، الأول يقول أن مبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي يشكل الآن قاعدة مادية من قواعد القانون الفرنسي بشأن التحكيم التجاري الدولي ، في حين ذهب القسم الآخر إلى اعتبار أنه بالنسبة للقاضي الفرنسي ، فإن اتفاق التحكيم الذي يهدف إلى الفصل في المنازعة عن طريق التحكيم التجاري الدولي، يعتبر مستقلا عن العقد الأصلي أيا كان الحل الذي يتبناه القانون الأجنبي المحتمل التطبيق على هذا العقد و أيا كانت طبيعة القواعد الواجبة التطبيق على اتفاق التحكيم ذاته . ويؤكد هذا الجانب من الفقه على أن مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم يعد مبدأ من المبادئ العامة للتحكيم الذي يشير إليه المحكمون في إطار العلاقات

الدولية أيا ما كان مقر انعقاد التحكيم و أيا كان القـانون الـذي يحكـم المنازعـة المفروضة عليهم [1].

المبحث الثاني

استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للقانون الذي يحكم العقد الأصلي

على الرغم من أن مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي الذي يتضمن هذا الاتفاق أو الذي يشير إليه ، نشأ من أجل عزل اتفاق التحكيم عن التخبط في متاهات العقد الأصلي و مشاكله ، فإن هذا المبدأ بدأ يأخذ شيئا فشيئا مفهوما جديدا آخر – لم يحل محل المفهوم السابق لهذا المبدأ و لكنه أضيف له – ووفقا له سمح القضاء الفرنسي لنفسه بأن يخلق مبدأ يقرر صحة اتفاق التحكيم الدولي ، و عدم خضوع هذا الاتفاق لمنهج التنازع التقليدي .

ويرى جانب من الفقه الفرنسي أن مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي ، وإن كان يسمح من خلال الآثار المباشرة التي يرتبها أن يكون القانون الذي يحكم العقد الأصلي يختلف عن ذلك الذي يحكم اتفاق التحكيم فإنه يسمح أيضا و بذات القدر بأن يتم تقدير صحة اتفاق التحكيم وفقا للقواعد المادية ودون البحث عن القانون الواجب التطبيق من خلال منهج التنازع [2]، ولما كان منهج تنازع القوانين قد سبق منهج القواعد المادية من حيث ضرورة إعماله على اتفاق التحكيم ، فإننا سنعرض لهذا المبدأ أولا قبل أن نعرض لمنهج القواعد المادية الذي ابتدعه القضاء الفرنسي :

المطلب الأول

تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم من خلال إعمال منهج تنازع القوانين

وفقا للمبادئ السائدة في النظرية العامة في القانون الدولي الخاص ، يتوقف تحديد القانون الواجب التطبيق على المسألة المتنازع عليها ، على تحديد طبيعة هذه

---

[1] حفيظة السيد الحداد ، المرجع السابق ، ص 122

[2] E. Gaillard 26, op.cit , N°26

المسألة و إدراجها في أحد الأفكار المسندة وذلك تمهيدا لإعمال القانون الذي يشير إليه ضابط الإسناد في قاعدة التنازع التي تم إدراج هذه المسألة في الفكرة المسندة فيها [1] . و إعمال هذه المبادئ المتقدمة على اتفاق التحكيم يؤدي إلى تنازع في التكييفات [2] ، بشأن تحديد طبيعة اتفاق التحكيم و بالتالي إمكانية خضوعه إما للقانون الذي يحكم الإجراءات أو لقانون الإرادة . فالنظر إلى اتفاق التحكيم من حيث ما يرتبه من أثر يتعلق باختصاص القضاء العام يجعل منه مسألة تتعلق بالإجراءات التي تخضع للقانون الذي يحكم هذه الأخيرة ، بينما النظر إلى اتفاق التحكيم على أنه عقد مستقل عن الإجراءات التي يعد مصدرها و أساسها ، يؤدي إلى إخضاع اتفاق التحكيم إلى القانون الواجب التطبيق ، الذي تختاره الأطراف وفقا للقواعد المستقرة والمعمول بها بشأن العقود الدولية بصفة عامة . وقد انقسم الفقه إلى قسمين تبنى القسم الأول التكييف الإجرائي لاتفاق التحكيم بينما ذهب القسم الآخر إلى تبني التكييف العقدي لاتفاق التحكيم و سنعرض لكليهما .

الفرع الأول

خضوع اتفاق التحكيم للقانون الذي يحكم الإجراءات بناء على التكييف القضائي أو الإجرائي لاتفاق التحكيم

إن الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم هي التكييف القانوني لهذا الاتفـاق ، أي هل هو عقد من العقود التي ينظمها القانون في مجال الالتزامات ، وبالتالي يخضـع للأحكام التعاقدية واجبة التطبيق في هذا الشأن ، أم أنه يعتبر اتفاقا من نوع خاص ، لا يندرج تحت أية طائفة عقدية ؟ و ثمة تساؤل آخر على قدر كبير مـن الأهميـة وهو : هل يعتبر اتفاق التحكيم من التصرفات القانونية ، أم يعتبـر مـن الأعمـال

---

[1] هشام صادق ، تنازع القوانين ، دراسة مقارنة في المبادئ العامة و الحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري ، منشأة المعارف الطبعة الثانية ، ص 11 .

[2] أنظر رسالة :

Ancel ,B : Les conflits de qualifications à l'épreuve de la donation entre époux , Dalloz ; Hafiza Elhaddad : loi applicable à la donation mobilière entre époux , Mémoires , Nice , 1978

بشأن تحديد طبيعة اتفاق التحكيم و بالتالي إمكانية خضوعه إما للقانون الذي يحكم الإجراءات أو لقانون الإرادة .

الإجرائية ؟ حيث يترتب على هذا التكييف أو ذاك نتـائج قانونيـة جـد مختلفـة ، مردودها الهام على مجال البحث [1].

إذا كان الاتفاق على التحكيم يتخذ في الممارسة العملية إحـدى صـورتين " شـرط التحكيم أو مشارطة التحكيم " فكما ذكرنا سالفا قد ثار الخلاف فـي فقـه القـانون الوضعي حول الطبيعة القانونية للاتفاق على التحكيم ، فاتجاه يسلم بطبيعته العقديـة وآخر يسلم بطبيعته الإجرائية ، ولكل منهما الحجج و الأسانيد التي يستند إليها فـي تأييد وجهة نظره التي تبناها .

أما عن الجانب من الفقه والذي يكيف اتفاق التحكيم على أنه ذو طبيعة إجرائية فعلى رأسهم الفقه الإيطالي ، والذي يرى أنصاره وعلى رأسهم الأسـتاذ Mann أن اتفـاق التحكيم ، سواء كان شرطا أو مشارطة ما هو إلا عقدا إجرائيا له طبيعته الإجرائية ، وذلك نظرا لتأثيره المباشر على خصومة التحكيم و إجراءاتها فهو يرتب آثارا قانونية عديدة في ذمة عاقديه وأهمها أثرين :

الأثر الأول : الأثر الإيجابي و يتمثل في التزام طرفيه بعـرض النـزاع موضـوع الاتفاق على التحكيم على المحكم أو المحكمين المختارين للفصل فيه ، وذلك بدلا من اللجوء إلى القضاء العام في الدولة .

الأثر الثاني : الأثر السلبي ، ويتمثل في منع عرض النزاع موضوع اتفاق التحكـيم على قضاء الدولة ، ومنع هذا القضاء من الفصل فيه فاتفاق التحكيم يمنـع قضـاء الدولة من نظر النزاع المتفق على الفصل فيه عن طريق التحكيم ، شرطا كـان أم مشارطة، ويخول المدعى عليه دفعا بذلك ، وهو ما يسمى بالدفع بوجود الاتفاق على التحكيم ، كما أنه (أي اتفاق التحكيم) يخول المحكم أو المحكمـين ، وهـم أفـراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية ، سلطة القضاء بين الأطراف المحتكمين في النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم ، وحسمه بحكم يقوم بديلا عن حكم القضاء العام فـي الدولة . هذا فضلا عن أن اتفاق التحكيم عادة ما ينظم خصومة التحكيم في كثير من الأمور التي تركتها الأنظمة القانونية الوضعية على اختلاف مـذاهبها و اتجاهاتهـا لإرادة الأطراف المحتكمين ، بالإضافة إلى ما قامت به هذه الأنظمة القانونية مـن

---

[1] أحمد مخلوف ،المرجع السابق ، ص51.

إيراد قواعد تفصيلية إجرائية لخصومة التحكيم ، وهي إجراءات تتماثل و إن لم تكن تتطابق مع إجراءات الخصومة القضائية[1] .

يذهب جانب من الفقه عبر عنه الأستاذ مان F.A Mann [2] متأثرا بالطبيعة القضائية والإجرائية للتحكيم ، إلى ضرورة خضوع اتفاق التحكيم إلى قانون الدولة التي تتم إجراءات التحكيم على إقليمها أو باختصار قانون دولة المقر، إذ يذهب الأستاذ مان Mann إلى أن المحكم يخضع للاختصاص التشريعي للدولة التي يقوم بأداء مهمته على إقليمها . فكل نشاط يتم على إقليم الدولة يخضع بالضرورة لاختصاصها ، فمن غير المسموح به أن لا يكون لدولة المقر تقديرها الخاص بشأن الاتفاقات التي يقوم الأطراف بإبرامها أيا كانت طبيعتها . فمن ناحية هناك أوجه شبه بين القاضي الوطني و المحكم . إذ يخضع كلا منهما لدولة المقر . أفلا يقع على عاتق دولة المقر أن تحدد إن كان المحكم يعد بمثابة قاض ووفقا لأية شروط ، فالمحكم مثل القاضي يخضع للقانون . ودولة المقر يمكن أن تقر أن جانبا أو آخر من جوانب التحكيم يخضع لقانون آخر غير قانونها ، والذي تحدده وفقا لقواعد الإسناد فيها ، ويمكنها أن تخرج على هذا التعيين بإرادة الأطراف . ولكن دولة المقر لن تعترف بإرادة الأطراف ، إلا نزولا على الحرية التي قامت دولة المقر نفسها بمنحها لهم و لقد امتد تأثير هذا التكييف الإجرائي لاتفاق التحكيم في قضاء التحكيم ذاته ، فعلى سبيل المثال ذهب حكم التحكيم الصادر تحت مظلة الغرفة التجارية في القضية رقم 5832 التي تبنى هذا النظر [3].

ولقد انتقد هذا الرأي بناء على أنه بتحليل الطبيعة القانونية لاتفـاق التحكـيم الدولي ، نجد أنه ليس عملا إجرائيا ، ذلك أن انعقاد هذا الاتفاق يتم في مرحلة سابقة على مرحلة إجراءات التحكيم ونذكر هنا ما أورده الدكتور فتحي والي فـي بيانـه لطبيعة هذا الاتفاق بقوله : "إن الاتفاق على التحكيم لا يدخل فـي عـداد الأعمـال

---

1 محمود عمر السيد التحيوي ، المرجع السابق ، ص 25 .

2 F.A Mann « Les facit arbitrum » In liber Amiricum to Damké , 1967, p.157 cité par Eric Loquin dans « Les pouvoirs des arbitres internationaux à la lumière de l'évolution récente du droit de l'arbitrage international Clunet 1983 , p.293

3 Sentence arbitral CCI , Affaire N°5832, 1988, clunet 1988, p.1198 , Obs. Aguillar Alvarez

الإجرائية ...ذلك أن هذا الاتفاق يبرم قبل بدء الخصومة ، و لا يعد بالتـالي عمـلا إجرائيا [1].

ومن الشواهد على انتفاء صفة العمل الإجرائي عن اتفـاق التحكـيم الـدولي الحقائق التالية :

- إن القانون الذي يحكم صـحة اتفـاق التحكـيم مـن النـاحيتين الموضـوعية والشكلية ليس هو القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم .
- إن المحكم المنوط به سلطة الفصل فـي النـزاع لا يشـارك فـي صـنع هـذا الاتفاق، ولا يؤثر قبوله أو رفضه لهذه المهمة على صـحة أو بطـلان اتفـاق التحكيم .
- عدم سريان مواعيد الأعمال الإجرائية على تقادم هذا الاتفاق أو سقوطه .
- عدم خضوع اتفاق التحكيم الدولي لشـكلية العمـل الإجرائـي كقيـام موظـف عمومي بالتوقيع أو التصديق عليه ، أو كتابته باللغـة الرسـمية للدولـة أو أداء رسم معين ، إلى غير ذلك . ومتى انتفى عن اتفاق التحكـيم الـدولي و صـف العمل الإجرائي فإنه يصبح من التصرفات القانونية ، ذلك أن هذه التصرفات هي التي ينتفي عنها وصف العمل الإجرائي [2].

أولا : تقدير الاتجاه القائل بإخضاع التحكيم لقانون دولة المقر

لا يعتبر خضوع اتفاق التحكيم لقانون دولة المقر مجرد اتجاه فقهي لا يكرسه قضاء التحكيم الدولي ، بل يبدو أن العكس هو الصحيح ، كما في الحكم الخاص بالقضية رقم 4504 الصادر عام 1985 لمحكمة التحكيم المشكلة تحت مظلة غرفة التجارة الدولية بباريس . إلا أنه وفقا لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم ، فإن شرط التحكيم يخضع ، في نطاق التحكيم الدولي ، إلى قانون آخر غير القانون الذي يحكم العقد الأصلي . فمن الملائم من أجل تحديد مضمون شرط التحكيم ، أن يتم تكييف هذا الأخير و تحديد القانون الذي يحكم هذا التكييف . ونظرا لغياب أي تحديد

---

[1] فتحي والي " الوسيط في قانون القضاء المدني " دار النهضة العربية، 1987 ، ص 900 بند 440 .

[2] Ph. . Fouchard , E .Gaillard , B.Goldman op.cit P452.

من قبل الأطراف في هذا الصدد ، فإن هيئة التحكيم ترى أن تكييف شرط التحكيم لا يمكن أن يتم إلا بإعمال قواعد قانون القاضي ، وهو القانون السويسري . وحيث أن ما جرى عليه عمل المحاكم السويسرية ، ولا سيما المحكمة الفيدرالية ، لا يعد شروط التحكيم شروطا متصلة بالقانون الخاص و لكنها عقود تتعلق بالإجراءات وتخضع للقانون العام ، فإنه ترتيبا على ذلك ، تخضع صحة اتفاق التحكيم للقانون الذي يسري على الإجراءات في دولة مقر التحكيم [1] .

ولقد اتجه جانب من الفقه و على رأسهم ديران Yves Derrains إلى القول بأن الحل الذي اتبعته هيئة التحكيم المنعقدة في سويسرا ، له ما يبرره في ظل ما هو معروف من خصوصية القانون السويسري قبل سريان القانون الدولي الخاص السويسري الفيدرالي الصادر عام 1987 . إذ أن المادة 6 من كونكوردة Concordat تنص على قواعد آمرة بشأن صحة اتفاق التحكيم و تؤدي مخالفتها إلى بطلان حكم التحكيم. ولما كانت الـ Concordat لا محل لإعمالها الآن في نطاق التحكيم الدولي إلا إذا كان هناك اتفاق مخالف للأطراف ، فإنه من المرجح عدم صدور أحكام تحكيم في سويسرا تغلب الطابع الإجرائي لاتفاق التحكيم ، خاصة و أن المادة 178 فقرة 2 من القانون الدولي الخاص السويسري الجديد تخضع صحة اتفاق التحكيم إما إلى القانون المختار من قبل الأطراف أو إلى القانون الذي يحكم العقد أو على القانون السويسري ، وهي ما يقطع في نهاية الأمر أن قضاء التحكيم الذي يميل إلى التكييف الإجرائي لاتفاق التحكيم ، والذي يستجيب إلى خصوصيته قانون دولة المقر ، يعد اتجاها مصيره إلى الزوال [2] . ويبدو أن هذا سابقا لأوانه و مبالغ فيه نوعا ما وهو ما لاحظه الأستاذ ديران Yves Derrains نفسه ، إذ أن قضاء التحكيم الصادر في بعض الدول كفرنسا ، والتي لا تشارك النظام القانوني السويسري ، قبل

---

[1] CCI N° 4504 , Clunet 1986 , P.1118

حيث ذكرت المحكمة أن :

« Pour déterminer la portée de la clause , il convient en premier lieu de qualifier celle-ci et partant , de déterminer la loi applicable à cette qualification . En l'abscence de toute détermination des parties à cet égard , le tribunal arbitral est d'avis que la qualification de la clause compromissoire ne peut être faite qu'en application de la lex fori , a savoir le droit suisse .
La pratique judiciaire suisse , et notamment le tribunal fédéral , considérant que les clauses arbitrales ne sont pas de nature privé mais des contrats de procédure soumis au droit public . En tant que telle , la validité de la convention d'arbitrage est soumise à la loi de procédure du siège du tribunal arbitral » .

[2] Yves Derains « Les tandances de la jurisprudance arbitrale international » , clunet , N°834 .

التعديل الأخير خصوصياته ، قد ذهب أيضا إلى تبني التكييف الإجرائي لاتفاق التحكيم . فلقد ذهبت هيئة التحكيم المنعقدة في باريس في القضية رقم 5730 لسنة 1988 ، إلى إخضاع اتفاق التحكيم إلى قانون دولة المقر . إذ ذهبت محكمة التحكيم إلى أنه لا يكفي من أجل تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم ، إثارة استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي ، من أجل استخلاص أن هذا الاتفاق صحيح ، بغض النظر عن أي قانون وضعي[1] .

إذ أن هيئة التحكيم و التي تميل إلى اعتناق المفهوم التقليدي للتحكيم الدولي ، ترى أنه لكي يكون اتفاق التحكيم منتجا لآثاره لا بد أن يستمد قوته الملزمة من خلال إسناده إلى نظام قانوني . ولقد انتهت محكمة التحكيم بإسناد اتفاق التحكيم إلى القانون الفرنسي على اعتبار أنه قانون مقر هيئة التحكيم . وعلى الرغم من أن الاتجاه القائل بإخضاع اتفاق التحكيم لقانون دولة المقر بناء على التكييف الإجرائي أو القضائي لهذا الاتفاق ، يتمتع (كما لاحظ جانب من الفقه) بقبول على الصعيد الفقهي أو على صعيد قضاء التحكيم ، فإن هذا الاتجاه يتعرض إلى العديد من الانتقادات المتباينة في أسبابها ودوافعها . إذ يذهب جانب من الفقه إلى ضرورة عدم اعتناق هذا النظر و إحلال آخر محله ، أن هذا الحل الآخر يتواجد داخل إطار النظرية العامة لتنازع القوانين أي بإعمال منهج التنازع ، وذلك من خلال تبني التكييف العقدي لاتفاق التحكيم والتخلي عن التكييف الإجرائي له . بينما يذهب جانب آخر من الفقه متأثرا بالحلول المادية التي بثها القضاء الفرنسي إلى ضرورة التخلي عن الحل المتقدم ، والتخلي عن أي حل يمكن التوصل إليه من خلال إعمال منهج التنازع وضرورة حلول منهج القواعد المادية محل منهج التنازع [2] .

ثانيا : عدم سلامة الحجج التي استند إليها الرأي القائل بإخضاع اتفاق التحكيم لقانون دولة المقر

[1] CCI n° 5730, 1988, clunet 1990 , P.1029

[2] Yves Derains , op.cit , N°835 dont il cite : « Il est donc clair que cette tendance conserve encore toute sa vigueur »

يرى الأستاذ بيير ماير Pierre Mayer أن الأستاذ مان Mann قد ذهب من أجل تأكيد وجهة نظره إلى استخدام حجتين تكمل كل منهما الأخرى . الأولى تتعلق بالسلطة التي تتمتع بها الدولة على جميع الأنشطة الممارسة على إقليم الدولة أيا كانت طبيعة هذه الأنشطة . فالمحكم شأنه في ذلك شأن كل شخص مخاطب بالقانون لا يمكنه أن يؤدي مهمته كمحكم ، إلا إذا سمحت له الدولة بذلك ، ووفقا للشروط التي تحددها . فإذا حظرت الدولة التحكيم ، فإن التحكيم لن يمكن ممارسته على إقليمها أوعلى الأقل لن يمكن أن يتم في إقليمها إلا بشكل غير علني . وكل ذلك يؤكد على وجود سلطة الأمر والتي تتمتع بفعالية نتيجة للقدرة على توقيع الجزاء المصاحب لها عند مخالفة الأمر ، في دولة المقر .

ويرى الأستاذ بيير ماير Pierre Mayer أن الحجة المتقدمة تتضمن جانبا من الحقيقة ، إلا أن ذلك لا يعني أن العلاقة القانونية سوف تخضع للقواعد المادية في دولة المقر، و لا حتى لقواعد الإسناد في هذه الدولة . ولتأكيد وجهة النظر التي يدافع عنها ، قام بإعطاء المثال التالي المستوحى من الأحوال الشخصية. فالدولة يمكنها – كما هو الحال في فرنسا – أن تحرم بعض أنواع الزواج كالزواج المتعدد Polygamique ، وبالتالي يحظر إبرام مثل هذا النوع من الزواج على إقليمها . ولكن ذلك لا يؤدي أن كل زواج سيتم إبرامه في فرنسا يخضع بالضرورة للقانون الفرنسي ، للقواعد المادية فيه (فقاعدة الإسناد الفرنسية في هذا الشأن تشير إلى قانون جنسية الزوجين، فإذا عاد الزوجان إلى موطنهما الأصلي فإن تقدير صحة الزواج سوف تتم في ظل قواعد الإسناد السارية في هذه الدولة)[1]. وبالتالي فإن استخلاص وجود سلطة الأمر لدولة المقر من أجل القول بالتطبيق الضروري لقواعد هذه الدولة، ليس أقل من مجرد سفسطة Sophisme.

أما الانتقاد الآخر الذي وجهه الأستاذ ماير Mayer لرأي الأستاذ مان Mann فهو يتعلق بالطبيعة الإجرائية أو القضائية للتحكيم التي نادى بها هذا الأخير . إذ يتفق الأستاذ ماير Mayer مع الأستاذ مان Mann فيما يذهب إليه هذا الأخير من القول

[1] Pierre Mayer « L'autonomie de l'arbitrage international dans l'appréciation de sa propre compétence, In REC cours La Haye V, 1989 , p.401 .

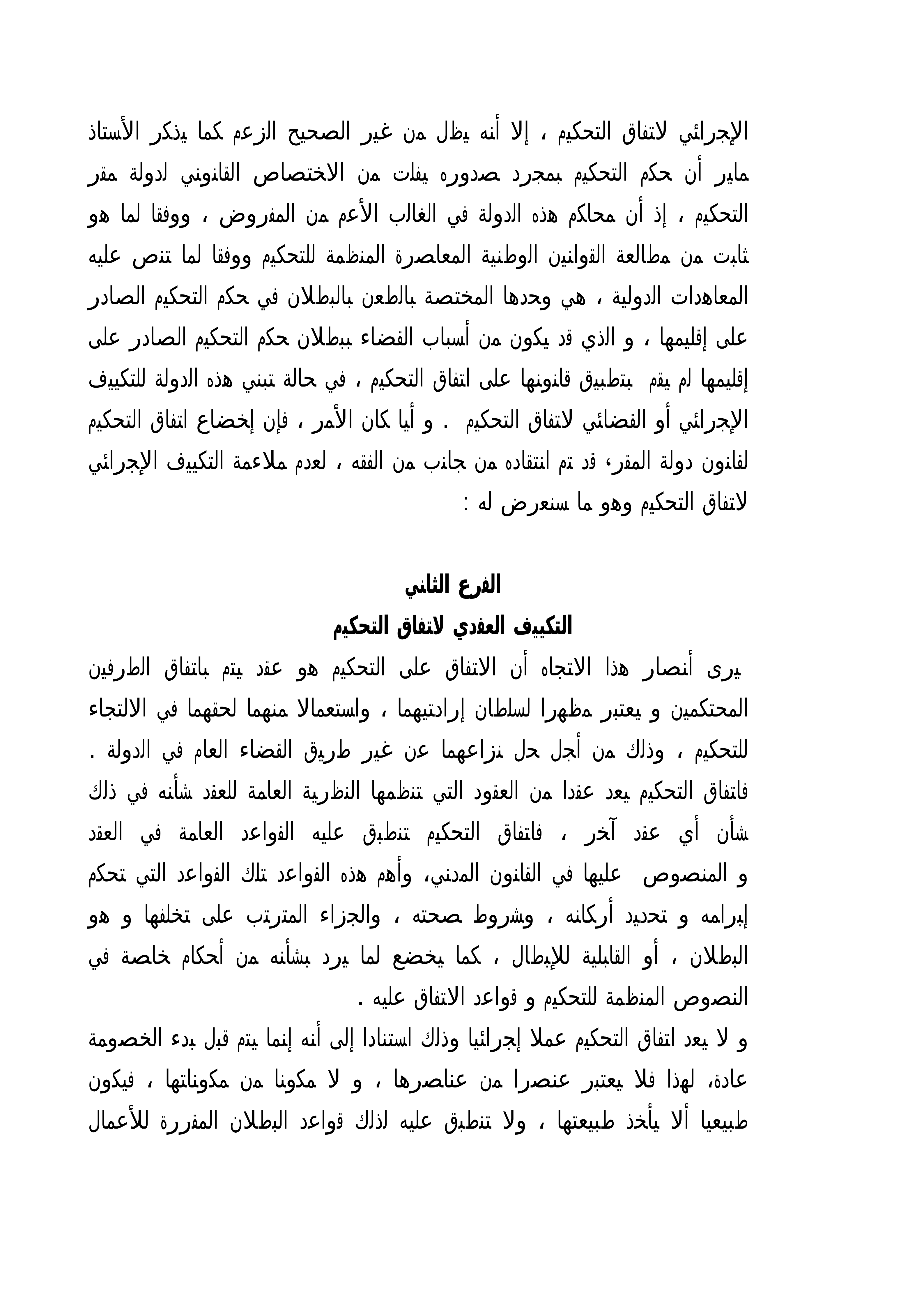
بأن العدالة باعتبارها ميزة تتمتع السلطة العامة بالسهر عليها ، تعد من الأمور التي تدخل في النطاق القاصر عليها. ولذلك فإذا قام محكم بأداء العدالة، فإن ذلك لن يكون إلا بتفويض من الدولة ووفقا للقواعد التي تضعها هذه الدولة . ومع ذلك فإن الأستاذ بيير ماير Pierre Mayer يذهب إلى أنه على الرغم من صحة نقطة البداية فمع ذلك فإنه إذا أرادت الدولة عدم ممارسة العدالة عن إقليمها إلا من خلال أجهزتها ، ووفقا للشروط التي تحددها ، فإنه من المسموح به أن تقوم بفرض ذلك الحل ، ومع ذلك فإن هذا لا يعتبر ضرورة منطقية ، فالدولة يمكنها أن تقرر التحكيم الذي يجري على إقليمها و يتعلق بمنازعة أجنبية تماما عنها فتسمح به بدون ربط هذا السماح بضرورة احترام المحكم لأية قواعد قانونية فيها .

وفي جميع الأحوال ، فإن حكم التحكيم ، بمجرد صدوره يفلت من الاختصاص القاصر لدولة مقر التحكيم ، من أجل أن يخضع في نطاق العديد من الدول الأخرى، و التي يطلب فيها الاعتراف بهذا الحكم و تنفيذه . ويقوم القاضي المطلوب منه إصدار الأمر بتنفيذ الرقابة على حكم التحكيم وفقا لقواعده الخاصة المتصلة بالصحة الشكلية في حكم التحكيم ، و المعبرة عن وجهة نظر مشرعه. وبصفة خاصة ، فإنه يقوم بتقدير صحة نطاق التحكيم ، وفقا للقانون المعين من قبل قاعدة الإسناد المختصة [1].

وعلى الرغم من وجاهة الانتقادات التي وجهها الأستاذ ماير إلى رأي الأستاذ مان، و على الحجج التي قال بها هذا الأخير، لإخضاع اتفاق التحكيم لقانون دولة المقر ، فإننا مع ذلك نرى أن صحة هذه الانتقادات مرهونة بالنطاق الضيق الذي تم حصرها فيه من قبل الأستاذ ماير . وبعبارة أخرى ، فإننا على الرغم من عدم تأييدنا للتكييف

---

[1] Pierre Maye, In Rec , cours La Haye ,op.cit , p.402 dont il cite :
« La encore le point de départ est juste si un Etat veut que la justice ne soit exercée sur son territoire que par ses organes , et selon les modalités qu'il détermine , il lui est loisible de l'imposer . Mais ce n'est pas une necessité logique . Le fait de rechercher et de dire qui , de deux parties en litige , est dans son droit , n'est pas une activité de nature essentiellement étatique ; seule la contrainte qui pourrait sanctionner ce jugement relève d'un monopole étatique territorial .L'état peut estimer –il sera même raisonnable qu'il le fasse – n'être guère concerné par un arbitrage se déroulant sur son territoire mais concernant un litige essentiellement étranger il l'autorisera alors , sans subordonner cette autorisation à une quelconque soumission de l'arbitre à ses droits . De toute façon la sentence , une fois rendue , échappe au pouvoir exclusif de l'état local , pour tomber sous celui des divers pays dans lesquels son exécution ou sa reconnaissance sont réclamées .Chaque juge requis contrôlera selon ses propres vues sa régularité . En particulier , il appréciera la validité et la portée de la convention d'arbitrage selon la loi , ou selon celle désignée par sa règles de conflit »



الإجرائي لاتفاق التحكيم ، إلا أنه يظل من غير الصحيح الزعم كما يذكر الأستاذ مابر أن حكم التحكيم بمجرد صدوره يفلت من الاختصاص القانوني لدولة مقر التحكيم ، إذ أن محاكم هذه الدولة في الغالب الأعم من المفروض ، ووفقا لما هو ثابت من مطالعة القوانين الوطنية المعاصرة المنظمة للتحكيم ووفقا لما تنص عليه المعاهدات الدولية ، هي وحدها المختصة بالطعن بالبطلان في حكم التحكيم الصادر على إقليمها ، و الذي قد يكون من أسباب القضاء ببطلان حكم التحكيم الصادر على إقليمها لم يقم بتطبيق قانونها على اتفاق التحكيم ، في حالة تبني هذه الدولة للتكييف الإجرائي أو القضائي لاتفاق التحكيم . و أيا كان الأمر ، فإن إخضاع اتفاق التحكيم لقانون دولة المقر، قد تم انتقاده من جانب من الفقه ، لعدم ملاءمة التكييف الإجرائي لاتفاق التحكيم وهو ما سنعرض له :

الفرع الثاني

التكييف العقدي لاتفاق التحكيم

يرى أنصار هذا الاتجاه أن الاتفاق على التحكيم هو عقد يتم باتفاق الطرفين المحتكمين و يعتبر مظهرا لسلطان إرادتيهما ، واستعمالا منهما لحقهما في الالتجاء للتحكيم ، وذلك من أجل حل نزاعهما عن غير طريق القضاء العام في الدولة . فاتفاق التحكيم يعد عقدا من العقود التي تنظمها النظرية العامة للعقد شأنه في ذلك شأن أي عقد آخر ، فاتفاق التحكيم تنطبق عليه القواعد العامة في العقد و المنصوص عليها في القانون المدني، وأهم هذه القواعد تلك القواعد التي تحكم إبرامه و تحديد أركانه ، وشروط صحته ، والجزاء المترتب على تخلفها و هو البطلان ، أو القابلية للإبطال ، كما يخضع لما يرد بشأنه من أحكام خاصة في النصوص المنظمة للتحكيم و قواعد الاتفاق عليه .

و لا يعد اتفاق التحكيم عملا إجرائيا وذلك استنادا إلى أنه إنما يتم قبل بدء الخصومة عادة، لهذا فلا يعتبر عنصرا من عناصرها ، و لا مكونا من مكوناتها ، فيكون طبيعيا ألا يأخذ طبيعتها ، ولا تنطبق عليه لذلك قواعد البطلان المقررة للأعمال

الإجرائية ومن هنا تظل صفته العقدية هي الغالبة ، ويظل لإرادة الأفراد المحتكمين السلطان و الغلبة ، ويظل اتفاق التحكيم عملا من طبيعة إرادية خالصة [1].

وبالتالي فإن هذا الجانب من الفقه يذهب إلى القول بأن اتفاق التحكيم ، وعلى الرغم من أن محله ينصب أساسا على تنظيم الإجراءات التي سوف تتبع في التحكيم ، فإنه يتعين تكييفه على أنه عقد تتولد عنه التزاماته، شأنه في ذلك شأن أي عقد آخر ، فاتفاق التحكيم هو عقد يسبق الإجراءات و لا يشكل مرحلة من مراحلها. وبالتالي فإن القانون الذي يحكم اتفاق التحكيم يتعين تحديده في ظل مبدأ قانون الإرادة . فالأطراف أحرار في اختيار القانون الذي يحكم اتفاق التحكيم ، و على المحكم أو القاضي في حالة رقابته على حكم التحكيم إذا ما طعن فيه هذا الحكم أمامه أو أثناء نظره للاستئناف عن القرار الذي صدر الأمر بتنفيذ حكم التحكيم ، أن يحترم هذا الاختيار[2].

ويبدو أن هذا الحل الذي سارت عليه أحكام القضاء الفرنسي التي تبنت منهج تنازع القوانين من أجل تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم ، وأخضعت هذا الاتفاق ، بناء على التكييف العقدي الذي أعطته له ، للقانون الذي يحكم العقد . و الحل المتقدم لا يواجه أدنى صعوبة عند إعماله في حالة قيام الأطراف صراحة باختيار القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم إعمالا لمبدأ سلطان الإرادة . بينما يصعب إعمال الحل المتقدم ، في حالة عدم اختيار الأطراف صراحة للقانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم . إذ يتعين على المحكم أو القاضي ، حسب الأحوال ، تحديد القانون الواجب التطبيق مستهديا بالعوامل والقرائن التي بالرجوع إليها يمكن التوصل إلى الإرادة المشتركة للأطراف أو الإرادة الضمنية ، و التي تفيد ، في التركيز الموضوعي للعقد في إطار نظام قانوني محدد ، والملاحظ من الأحكام الصادرة عن القضاء الفرنسي، أنها قامت بإعمال العديد من القرائن من أجل تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم ، في حالة عدم اختيار الأطراف صراحة لهذا القانون . وسنعرض لهذه الضوابط تباعا .

---

1 محمود السيد التحيوي " أركان الاتفاق على التحكيم ... " ، المرجع السابق ، ص 24-25 .

2 B.Goldman , op.cit , N°42 .

وقد انتقد هذا الرأي بأن كون اتفاق التحكيم ذو طبيعة عقدية يؤدي إلى التفرقة أولا بين اتفاق التحكيم وعقد التحكيم، فالأول هو الأساس الذي يستند إليه في تسوية النزاع ، بل هو أساس عملية التحكيم بأكملها ، أما الثاني فهو تابع لاتفاق التحكـيم ، و هو لا يظهر إلا في مرحلة الإجراءات بقصد تعيين المحكـم و تحديـد مهمتـه ، علاوة على تنظيم بعض المسائل الإجرائية الأخرى وعلى خلاف اتفاق التحكيم الذي يتم بين الأطراف وحدهم فإن عقد التحكيم يكون بين الأطراف و المحكم المنوط بـه الفصل في النزاع ، ورغم أهمية عقد التحكيم في تحديد بعض المسائل الهامـة ، إلا أنه يعتبر عقدا غير لازم ، وعلى الأخص في التحكيم المؤسسي فهو ليس الأسـاس الذي يستند إليه المحكم في تسوية النزاع ، كما أنـه يفقد كل قيمة قانونية إذا لم يوجد اتفاق التحكيم ، أو جاء هذا الأخير باطلا أو منعدما [1].

وهكذا اجمع الفقه عند بيان الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم الدولي أنه اتفـاق من نوع خاص و بالتالي هو ذو طبيعة خاصة و مستقلة عن أي اتفاق ، فهو إذا كان في عمومه أحد التصرفات القانونية التي تصدر عن إرادتين أو أكثر ، إلا أنه فـي خصوصه يعد السند الحقيقي في تسوية منازعات التجارة الدولية .

أولا : إخضاع اتفاق التحكيم لقانون دولة المقر

ذهبت بعض أحكام القضاء الفرنسي ، إلى القضاء بأن اختيار الأطراف للدولة التي سوف تعقد فيها جلسات التحكيم ، يؤدي إلى ضرورة تطبيق قانون دولة المقر على اتفاق التحكيم . وتطبيق قانون دولة المقر على اتفاق التحكيم هو الحل الذي تبناه معهد القانون الدولي في قراراته الصادرة في عامي 1957 و1959، و يرى الأستاذ قولدمان Goldman أن تبني معهد القانون الدولي للحل المذكور لم يكن قائما على تركيز الإرادة الضمنية للأطراف ، ولكن بوصفه حلا يفرض بشكل موضوعي وفي جميع الحالات وهو ما يعني بشكل أو بآخر تبني التكييف الإجرائي لاتفاق التحكيم ، و الإشارة علاوة على ذلك إلى وجود مبدأ وفقا له يخضع إجراءات التحكيم بالضرورة إلى قانون الدولة التي تتم فيها هذه الإجراءات ، ولقد ذهبت بعض

---

[1] أحمد مخلوف ، المرجع السابق ، ص 54 .

المعاهدات الدولية المتعلقة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية كمعاهدة نيويورك الموقعة في 10 جويلية 1958 ، وكذلك معاهدة جنيف بشأن التحكيم الدولي الموقعة سنة 1961 ، إلى إخضاع اتفاق التحكيم في حالة عدم وجود اختيار صريح من قبل الأطراف إلى قانون الدولة التي صدر حكم التحكيم فيها . ويتسم ضابط دولة المقر في الفرض المذكور بأنه ضابط احتياطي إذ أن هذه المعاهدات قد أعطت الأولوية لقانون الإرادة.

إلى جانب ضابط مقر دولة التحكيم فإن هناك ضوابط أخرى تفيد في تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم كاختيار الأطراف لشرط تحكيم يرد بصفة عامة في عقد نموذجي أعدته هيئة أو مؤسسة متخصصة في دولة معينة ، والذي يستلهم النظام القانوني لهذه الدولة . إلا أن هذا الضابط لا يلقى ذات الرواج الذي صادفه ضابط مقر دولة التحكيم و الضابط الذي سنعرض له الآن وهو ضابط القانون الذي يحكم العقد الأصلي .

ثانيا : خضوع اتفاق التحكيم للقانون الذي يحكم العقد الأصلي

من بين نتائج مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي الذي يتضمنه أو يشير إليه ، عدم خضوع اتفاق التحكيم للقانون الذي يحكم العقد الأصلي ، ومع ذلك فالمحكم أو القاضي الذي يرى ضرورة تحديد قانون وطني من أجل أن يفصل في المسائل المتنازع عليها و المتصلة باتفاق التحكيم ، يلجأ عادة إلى اختيار القانون الذي يحكم العقد الأصلي ، إلا إذا قامت الأطراف باستبعاد إعمال هذا القانون على اتفاق التحكيم بشكل واضح .

ويرى الأستاذ قولدمان Goldman أن الصلة بين القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم وذلك الذي يحكم العقد الأصلي لها ما يبررها ، فهي تعبر عن الرابطة الوثيقة القائمة بين كل من الاتفاق على التحكيم و العقد الأصلي . فاتفاق التحكيم ينصب هدفه على حل المنازعات الناشئة أو المحتملة ، الناجمة عن العقد الأصلي . ومع ذلك فإنه تجدر الإشارة إلى أن هذه الرابطة ، والنتيجة المترتبة عليها فيما يتعلق بتحديد القانون

الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم ، يتعين أن لا تؤثر أو تمس مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي و لا مبدأ صحة اتفاق التحكيم الدولي [1] .

ثالثا : تقدير خضوع اتفاق التحكيم لمنهج التنازع.

يعد خضوع القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم من خلال إعمال منهج التنازع من أكثر الحلول قبولا، سواء على صعيد الأنظمة القانونية الوطنية أو المعاهدات الدولية بل ومن أكثرها قدما. إذ نصت العديد من الأنظمة القانونية المعاصرة المنظمة للتحكيم على خضوع اتفاق التحكيم صراحة للقانون الواجب التطبيق عليه . ويعد هذا المنهج المتمثل في تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم من خلال إعمال قواعد الإسناد ، من أقدم المناهج و أكثرها قبولا في الأنظمة القانونية الوضعية المقارنة ، فعلى سبيل المثال تنص المادة 1074 من قانون الإجراءات المدنية الهولندي الصادر في سنة 1986 بشأن تغيير نظام التحكيم تحددها وفقا للقانون الواجب التطبيق عليه كذلك فإن المادة 61 من القانون الأسباني الصادر عام 1988 بشأن التحكيم ، نصت على أن يكون القانون المختار من قبل الأطراف لحكم اتفاق التحكيم ، على صلة بالمنازعة المتفق على حلها بواسطة التحكيم .

كذلك فإن المعاهدات الدولية الرئيسية التي تتصل بالتحكيم تشير إلى تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم من خلال إعمال منهج التنازع . فمعاهدة نيويورك الموقعة في عام 1958 الخاصة بالاعتراف و تنفيذ الأحكام الأجنبية تنص في المادة 05 منها فقرة 02 ، على رفض الاعتراف أو تنفيذ الحكم التحكيمي إذا لم يكن اتفاق التحكيم صحيحا وفقا للقانون المختار من قبل الأطراف . وفي حالة عدم وجود اختيار من قبلهم وفقا لقانون الدولة التي صدر فيها حكم التحكيم . كذلك فإن معاهدة جنيف الموقعة في عام 1961 نصت في المادة التاسعة فقرة أ وفي صياغة مماثلة لمعاهدة نيويورك على ذات المبدأ المتقدم [2] ، وعلى الرغم من حرص بعض الأنظمة القانونية الوطنية المنظمة للتحكيم على النص صراحة على إخضاع اتفاق

---

[1] B. Goldman , op.cit , N°50 dont il cite :
« Le lien ainsi établi , entre la loi applicable à la convention d’arbitrage et celle qui gouverne le contrat principal se justifie aisément , car il ne fait que traduire le lien étroit qui existe ».

[2] E. Gaillard , J. CI .Droit , Fasc 586-1 , N°34

التحكيم للقانون الواجب التطبيق عليه وهو الأمر الذي يتحقق من خلال إعمال منهج التنازع فإن جانبا آخر من هذه الأنظمة ، على الرغم من أنه لم يعرض على نحو صحيح ومباشر إلى تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم ذاته عن طريق إعمال منهج التنازع ، فإن إعماله لهذا المنهج سواء فيما يخص القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم أو على القانون الذي يحكم موضوع المنازعة محل التحكيم ، دفع بجانب من الفقه إلى تبني أي منهما ، حسب التكييف الذي يضيفه على اتفاق التحكيم . فمن المعروف أن القانون الفرنسي بشأن التحكيم يتضمن مادتين هما المادة 1494 ، والمادة 1496 الواردتين في قانون المرافعات المدنية الفرنسي الجديد[1].
ويتضح من هاتين المادتين أنها تعالج بشكل مباشر القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم من ناحية و القانون الواجب التطبيق على موضوع المنازعة محل الاتفاق على التحكيم من جهة أخرى.

و بعبارة أخرى فإن النصوص المتقدمة لم تتعرض للفصل في مسألة القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم ذاته بشكل مباشر وصريح . والسؤال الذي يتعين طرحه هو هل يمكن إعمال الحلول التي تضمنتها هذه المواد على اتفاق التحكيم نفسه ؟

يذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى استبعاد إعمال نص المادة 1494 من المرافعات الفرنسي الجديد على اتفاق التحكيم ، وذلك لأن اتفاق التحكيم لا يعد عنصرا من العناصر الداخلة في فكرة إجراءات التحكيم ذاتها . أما بالنسبة لنص المادة 1496 الخاصة بتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع المنازعة ، فإن هذا الجانب من الفقه يذهب إلى أنه و إن كان صحيحا أن المادة المذكورة تتعلق بالقانون الواجب التطبيق على موضوع المنازعة محل التحكيم ، إلا أن صياغتها من العمومية بمكان على نحو يسمح معه بمد نطاق تطبيقها أيضا على اتفاق التحكيم . إذ أنها تنص على أنه يفصل المحكم في " المنازعة " و اللفظ الأخير يحتمل أن يشمل وجود ومضمون

---

[1] وتنص المادة 1494 المذكورة أعلاه على أنه " تحديد اتفاق التحكيم مباشرة أو عن طريق الإشارة إلى لائحة تحكيم ، الإجراءات الواجبة الإتباع أثناء سريان التحكيم ، كما يمكن أن يخضع هذه الإجراءات ، إلى القانون الواجب التطبيق على الإجراءات الذي يحدده . وفي حالة عدم فصل اتفاق التحكيم في هذه المسألة ، يفصل المحكم في مسائل الإجراءات ، إما على نحو مباشر أو عن طريق الإشارة إلى قانون أو لائحة تحكيم حسب الاقتضاء " . وتنص المادة 1496 على أنه " يفصل المحكم في المنازعة وفقا للقواعد القانونية المختارة من قبل الأطراف ، وفي حالة تخلف هذا الاختيار ، وفقا للقواعد التي يقدر أنه من الملائم إعمالها . ويراعى المحكم في جميع الأحوال الأعراف التجارية " .

وتفسير اتفاق التحكيم ، هذا من جهة . ومن جهة أخرى ، فإن المادة المذكورة تقدم سندا للحلول التي وضعها القضاء الفرنسي ، وتساعد على تدعيمها وتطورها . فالقانون الذي يحكم اتفاق التحكيم ، يتم اختياره في المقام الأول من قبل الأطراف . وفي حالة تخلف هذا الاختيار فإن المحكم يقوم بتحديده . إلا أن صياغة نص المادة 1496 تترك لهذا الأخير ، مجالا واسعا عند قيامه بهذا التحديد دون أن يتوقف على البحث عن قرائن محددة لإرادة ضمنية أو لتركيز موضوعي . كما تخول له أن يطبق في هذا الصدد القواعد القانونية ذات المصدر العابر للدول ، مع إلزامه بأن يأخذ في الحسبان ، في جميع الأحوال بالأعراف التجارية [1] . وعلى الرغم من أن الاتجاه العام سواء على الأنظمة القانونية الوضعية المقارنة أو على صعيد المعاهدات الدولية يظهر سيادة فكرة تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم من خلال منهج التنازع ، فإن جانبا من الفقه الفرنسي يذهب إلى أن إعمال منهج التنازع التقليدي يثير العديد من المشاكل، بعضها يتعلق باختيار طائفة أو طوائف الإسناد الواجبة الإعمال أو بضوابط الإسناد القادرة على تعيين القانون الواجب التطبيق . ولما كان الرأي المتقدم ، يمثل أهمية بالغة ، إذ أن الاعتقاد في سدادة هذا الرأي وسلامته ، يؤدي إلى تحديد القواعد التي تحكم اتفاق التحكيم من خلال هجر منهج التنازع بأكمله و إحلال منهج آخر بدلا منه هو مبدأ القواعد المادية ، فإننا سنعرض للصعوبات التي تواجه إعمال منهج التنازع والمتعلقة بإيجاد طائفة أو طوائف الإسناد التي يدرج فيها اتفاق التحكيم ، هذا من جهة ، والصعوبات المتعلقة بضابط الإسناد الذي يتعين إعماله[2] .

رابعا : الصعوبات التي تواجه إعمال منهج التنازع التقليدي و المستمدة من صعوبة إلحاق اتفاق التحكيم بطائفة من طوائف الإسناد التقليدية

إن مسألة تحديد طائفة أو طوائف الإسناد التي يتعين إسناد اتفاق التحكيم إليها تثير العديد من التساؤلات ، و كما يحدث دائما في إطار القانون الدولي الخاص . فإنه من الممكن إما أن تحدد عددا من طوائف الإسناد التي يمكن إلحاق اتفاق التحكيم بها،

---

[1] B. Goldman , op. cit , N°52 et 53 .
[2] E.Gaillard , op.cit , N°34 et suite .

أو على العكس أن نميز بين العديد من طوائف الإسناد المحددة على نحو يسمح باختيار عناصر الإسناد الأكثر ملاءمة ، والذي قد يؤدي إلى تجزئة القوانين المحتملة التطبيق على الجوانب المختلفة لذات المسألة . فإعمال قواعد القانون الدولي الخاص بشأن العقود يؤدي إلى هذه التجزئة من خلال الدعوة إلى التفرقة بين القانون أو القوانين الواجبة التطبيق على الأهلية التعاقدية ، على شكل العقد وعلى الموضوع الذي ينصب عليه اتفاق التحكيم . وعلاوة على ذلك فإن هناك تكييفين يتنازعان اتفاق التحكيم ، الأول والذي يلحق اتفاق التحكيم بفكرة الإجراءات و الآخر الذي يصل هذا الاتفاق بموضوع المنازعة التي يهدف اتفاق التحكيم إلى تسويتها من خلال التحكيم ، وإلحاق اتفاق التحكيم بفكرة الإجراءات وتغليب التكييف الإجرائي لاتفاق التحكيم اتجاه لم يسلم من الانتقاد . فمن ناحية ، لم يعد من الصحيح القول بأن إجراءات التحكيم ذاتها يجب أن تخضع بالضرورة لقانون دولة مقر التحكيم ، فللأطراف أن تخضع هذه الإجراءات للقانون أو للقواعد المختارة . فالقانون الفرنسي في المادة 1494 من قانون الإجراءات المدنية الجديد يقرر أن المحكمين أنفسهم غير ملزمين ، في حالة عدم تعبير الأطراف عن إرادتهم ، بتطبيق قواعد الإجراءات في دولة مقر التحكيم كذلك فإن تطبيق القانون الذي يحكم الإجراءات على اتفاق التحكيم يخلق العديد من المشاكل الإضافية . فالأطراف شأنهم في ذلك شأن المحكمين يمكنهم أن يفضلوا عدم تحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات مسبقا وذلك للإبقاء لمحكمة التحكيم على الحق في أن تفصل في المنازعة حالة بحالة ، وهذا يعني أن الإسناد الإجرائي يؤدي إلى تضخيم الصعوبة . و أخيرا على الصعيد النظري، فعلى الرغم من أن الهدف من الاتفاق على التحكيم هو تشكيل قضاء خاص للفصل في المنازعة وهو عمل إجرائي ، فإن اتفاق التحكيم في ذاته يعد بمثابة عقد يسبق الإجراءات و أيضا إذا كان لا بد من حل مسألة القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم بإتباع منهج تنازع القوانين فإنه يتعين تكييف اتفاق التحكيم تكييفا عقديا مستقلا به . وهذا الحل هو الذي أخذ به القضاء الفرنسي من خلال إعمال منهج التنازع [1] . كذلك حتى في حالة البحث عن القانون الواجب التطبيق على اتفاق

---

1 E.Gaillard , op.cit , N° 34 et suite .

التحكيم باستخدام منهج التنازع التقليدي ، فإن مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي يؤدي على الأقل إلى ضرورة الفصل بين هذه التكييفات من أجل تحديد القانون الواجب التطبيق . ومع ذلك فإن الخلط يقع دائما بين القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم و القانون الواجب التطبيق على العقد الأصلي و لا سيما في الأحكام القليلة الصادرة عن القضاء الفرنسي و التي ما زالت تصر على استخدام منهج التنازع التقليدي للفصل في مسألة صحة اتفاق التحكيم بشكل عام أو بشأن بعض جوانبه على سبيل المثال تطبيق القانون الذي يحكم شكل العقد الأصلي على مسألة وجود شرط التحكيم [1] . في الواقع هذا الخلط يصادف عندما يأخذ اتفاق التحكيم شكل شرط التحكيم . فعندما يتضمن العقد الأصلي شرطا يشير إلى اختيار القانون الواجب التطبيق على هذا العقد ، فإنه يكون من المبرر التساؤل عما إذا كان هذا الاختيار و الذي يتم عادة في صياغة عامة ينصرف إلى العقد الأصلي فقط أم أنه يطبق أيضا على شرط التحكيم الوارد في ذات العقد . وتدفع الاعتبارات الواقعية إلى الاعتراف بأنه في الغالبية العظمى من الحالات ، لم يفكر الأطراف في القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم . ومن هنا يبدو من المبالغ فيه اعتبار هذه النوعية من الشروط تفيد وجود اختيار صريح من قبل الأطراف للقانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم . وفي الفرض العكسي ، عندما لا تقوم الأطراف باختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الأصلي ، فإنه يتعين تركيز الاتفاق المتنازع عليه عن طريق البحث عن النظام القانوني الذي يرتبط به هذا الاتفاق الارتباط الأوثق . وهناك أيضا نوع آخر من اللبس ، هو هل الاتفاق الذي يبحث عن تركيزه هو العقد الأصلي أو اتفاق التحكيم . فتركيز اتفاق التحكيم (والذي لا تنطبق عليه معاهدة روما الموقعة في 19 جوان 1980 المادة الأولى فقرة 2/د) يؤدي إلى تفصيل عوامل الإسناد الذاتية لهذا الاتفاق : اللغة التي تم بها ، لائحة التحكيم المختارة من قبل الأطراف ، مقر انعقاد جلسات التحكيم . بينما تركيز العقد الأصلي في ضوء عناصر أخرى مختلفة ، تقننها أحيانا بعض المعاهدات الدولية الواجبة الإعمال على هذا العقد ، كمعاهدة روما

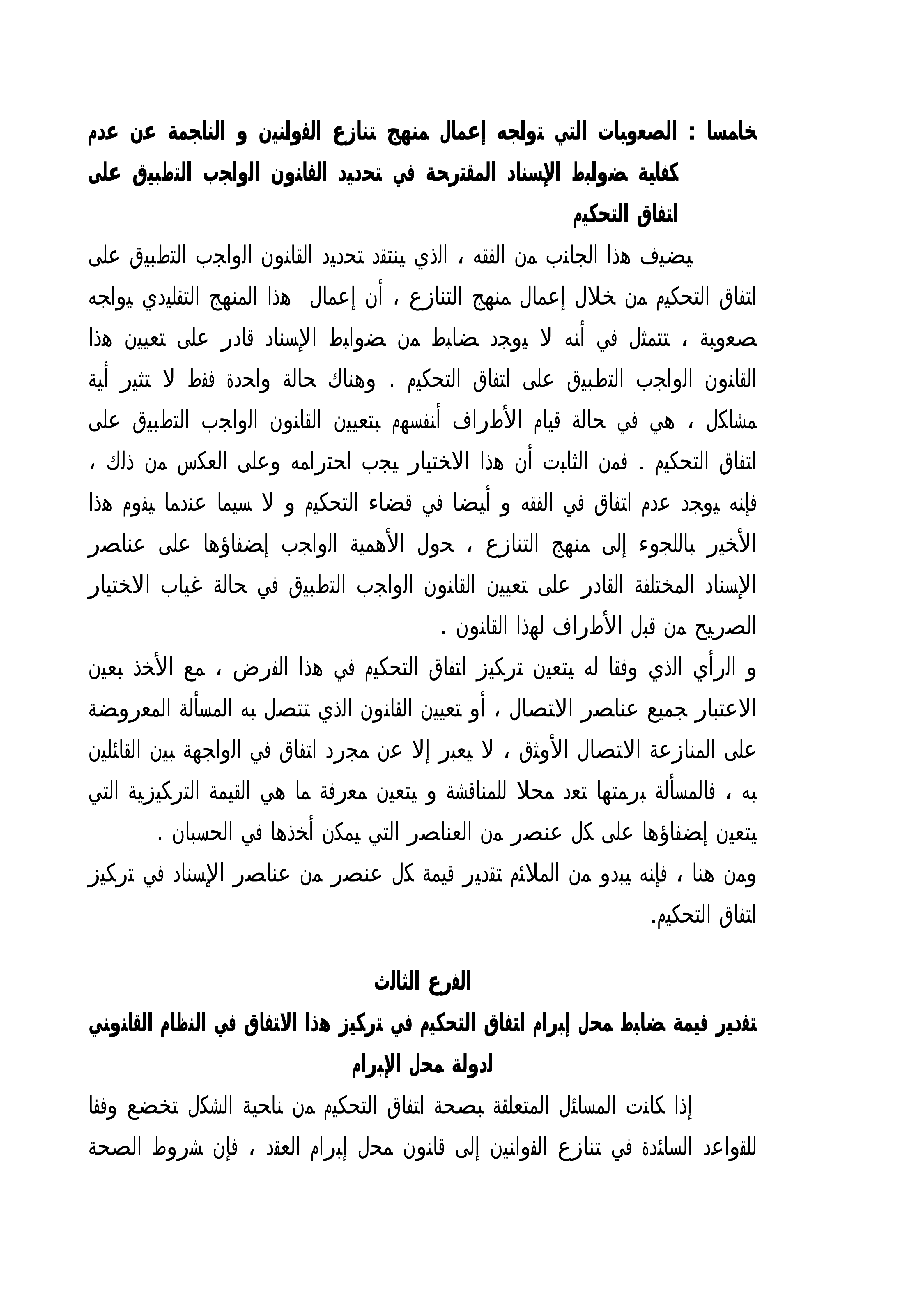
---

[1] CA Paris , 26 Fevrier ,1988, cass .civ, 1ER .10 juillet .1990 , Cassia .C./Pia Arb.1990, P.351 note J.H Moitry et C.Vergne et voir aussi J.C Droit inter , Fasc586-4 Procédure civile , Fasc 1060 . INTER

الموقعة في 19 جوان 1980 ، ومعاهدة لاهاي الموقعة في 15 جوان 1955 بشأن القانون الواجب التطبيق على البيع الدولي للأشياء المادية المنقولة . والواقع أن اللبس بين مسألة تركيز العقد الأصلي واتفاق التحكيم يتحقق أحيانا في بعض الأحكام الصادرة عن القضاء. ويذهب جانب من الفقه إلى القول بأنه ودون الإنكار الجذري لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم ، فإن القانون الواجب التطبيق على العقد الأصلي يعد عملا أو مؤشرا يساعد على تركيز اتفاق التحكيم في هذا النظام القانوني [1]. وأخذ هذا العامل المساعد في التركيز في الحسبان من أجل تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم ، في ظل إعمال قواعد التنازع ، يتعارض مع عامل آخر وهو ضابط مقر التحكيم . وبعبارة أخرى ، فإن قيام الأطراف باختيار قانون دولة محددة بحكم العقد الأصلي و أيضا اختيار هذه الدولة لانعقاد جلسات التحكيم بها ، يجعل من المقبول تركيز اتفاق التحكيم في النظام القانوني لهذه الدولة وذلك إما بالتطبيق لفكرة الإرادة المفترضة للأطراف على العقد الأصلي أو من مقر التحكيم . وعلى العكس من ذلك و في حالة تشعب هذين المؤشرين السابقين، عندما يتم تعيين مقر انعقاد جلسات التحكيم في دولة محايدة بالنسبة للأطراف في المنازعة ، فإن جانبا من الفقه يذهب إلى أنه من الصعوبة بمكان القول بأن تركيز اتفاق التحكيم يتم بالإشارة إلى القانون الواجب التطبيق على العقد الأصلي . فهذا الأخير تم اختياره استجابة لاعتبارات مختلفة عن تلك التي تهيمن على اختيار القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم . وأيضا دون الإشارة على قانون دولة مقر التحكيم . ويذهب الرأي المتقدم إلى تأكيد أنه لا يفهم من ذلك أن المؤشر المستفاد من مقر التحكيم ، قادر وحده على تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم ، و إنما في هذا الفرض، هذا المؤشر يؤدي إلى التوازن مع المؤشر الآخر المستمد من القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم وفقا لمنهج التنازع لا يمكن أن يتم لمجرد وجود قرينة لصالح التطابق بين كل من القانون الواجب التطبيق على العقد الأصلي والقانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم [2] .

---

[1] E.Gaillard , op.cit , N°35 .
[2] E.Gaillard , op.cit , N°35 .



خامسا : الصعوبات التي تواجه إعمال منهج تنازع القوانين و الناجمة عن عدم كفاية ضوابط الإسناد المقترحة في تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم

يضيف هذا الجانب من الفقه ، الذي ينتقد تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم من خلال إعمال منهج التنازع ، أن إعمال هذا المنهج التقليدي يواجه صعوبة ، تتمثل في أنه لا يوجد ضابط من ضوابط الإسناد قادر على تعيين هذا القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم . وهناك حالة واحدة فقط لا تثير أية مشاكل ، هي في حالة قيام الأطراف أنفسهم بتعيين القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم . فمن الثابت أن هذا الاختيار يجب احترامه وعلى العكس من ذلك ، فإنه يوجد عدم اتفاق في الفقه و أيضا في قضاء التحكيم و لا سيما عندما يقوم هذا الأخير باللجوء إلى منهج التنازع ، حول الأهمية الواجب إضفاؤها على عناصر الإسناد المختلفة القادر على تعيين القانون الواجب التطبيق في حالة غياب الاختيار الصريح من قبل الأطراف لهذا القانون .

و الرأي الذي وفقا له يتعين تركيز اتفاق التحكيم في هذا الفرض ، مع الأخذ بعين الاعتبار جميع عناصر الاتصال ، أو تعيين القانون الذي تتصل به المسألة المعروضة على المنازعة الاتصال الأوثق ، لا يعبر إلا عن مجرد اتفاق في الواجهة بين القائلين به ، فالمسألة برمتها تعد محلا للمناقشة و يتعين معرفة ما هي القيمة التركيزية التي يتعين إضفاؤها على كل عنصر من العناصر التي يمكن أخذها في الحسبان .

ومن هنا ، فإنه يبدو من الملائم تقدير قيمة كل عنصر من عناصر الإسناد في تركيز اتفاق التحكيم.

الفرع الثالث

تقدير قيمة ضابط محل إبرام اتفاق التحكيم في تركيز هذا الاتفاق في النظام القانوني لدولة محل الإبرام

إذا كانت المسائل المتعلقة بصحة اتفاق التحكيم من ناحية الشكل تخضع وفقا للقواعد السائدة في تنازع القوانين إلى قانون محل إبرام العقد ، فإن شروط الصحة

الموضوعية لاتفاق التحكيم لا يمكن إخضاعها بذات السهولة إلى قانون محل إبرام الاتفاق فمكان إبرام الاتفاق قد لا يكون فقط من الصعب تحديده ، بل إنه يكون في الغالب الأعم من الحالات ذات الطابع العرضي، وبالتالي فإن قيمته كوسيلة لتركيز العقد ذات طابع ضعيف للغاية [1].

الفرع الرابع

القيمة التركيزية لبعض القوانين الخاصة ببعض اتفاقات التحكيم

تلعب بعض العناصر الخاصة بجانب من الاتفاقات دورا هاما في عملية تركيز اتفاق التحكيم في نظام قانوني محدد . ويتحقق ذلك في حالة تبني الأطراف لشرط تحكيمي مستمد من عقد نموذجي وضعته جهة معينة تابعة لدولة معينة . وتتصل نصوصه بشكل وثيق بالنظام القانوني لهذه الدولة . فعقود النقل البحري التي يتم اعتمادها وفقا لنموذج سند الشحن الإنجليزي تعد مثالا معبرا عن هذه الحالة . وكذلك شروط التحكيم الكامنة في العقود النموذجية التي أعدتها هيئة تجارة الحبوب الكائنة بلندنLondon Corot rade Association . وعلى العكس من ذلك فإن اختيار مؤسسة تحكيمية ذات طابع دولي مثل المحكمة الدولية للتحكيم لغرفة التجارة الدولية بباريس ، لا يمكن أن يفسر في ذات الاتجاه السابق . فالتركيز الجغرافي للمؤسسة ينجم عن الحاجة إلى الاستناد إلى أساس إقليمي و لكنه لا يظهر الرابطة القوية مع الدولة التي تتواجد فيها هذه المؤسسة على نحو يؤدي إلى استخلاص النتيجة الضرورية بإعمال قانون هذه الدولة على اتفاق التحكيم الذي يشير إلى هذه المؤسسة. ولا يختلف الحل المتقدم إلا إذا كانت الإشارة إلى المؤسسة التحكيمية تفيد أن بها مؤسسة تحكيمية نشأت وتعمل في إطار وطني ، كما هو الحال بشأن بعض الأجهزة الإنجليزية للتحكيم، أو بعض الأجهزة الوطنية ذات الطابع العام Para- Publiques في أوروبا الشرقية أو في الشرق الأقصى ، ففي هذه الحالات قد ، يبدو من الممكن افتراض أن الأطراف أرادت إخضاع اتفاق التحكيم لقانون دولة مقر التحكيم ، وذلك بعكس الفرض الآخر الذي تتم فيه الإشارة إلى مؤسسة تحكيمية ذات طابع دولي كالمحكمة

---

[1] E.Gaillard , op.cit , N°39 .

الدولية للتحكيم بلندن ، أو بالهيئة الأمريكية للتحكيم في الولايات المتحدة الأمريكية ، اللهم إذا قامت الأطراف باختيار لائحة التحكيم الدولي لهذه المؤسسة[1].

الفرع الخامس

ضابط مكان انعقاد جلسات التحكيم وقيمته في تركيز اتفاق التحكيم في دولة المقر

طالما لم توجد إرادة مخالفة للأطراف ، فإن مقر التحكيم يعد مؤشرا هاما يعتد به بشكل خاص عند البحث عن القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم . ويستمد هذا المؤشر أسباب قوته باعتبار أن مقر التحكيم هو المكان الذي يتم فيه تنفيذ الاتفاق على التحكيم . فمن المعروف أن مكان تنفيذ العقد يعد ضابطا هاما . ومع ذلك فإن الضابط المتقدم ليس بمنأى عن الانتقاد وخاصة إذا كان مكان انعقاد جلسات التحكيم لم يتم اختياره من قبل الأطراف أنفسهم . ووفقا للنظرية الشخصية المتوارثة من القرن التاسع عشر ، ذهب جانب من أحكام القضاء القديمة إلى تفسير تحديد مقر انعقاد جلسات التحكيم على أنه بمثابة تعبير عن الإرادة الضمنية للأطراف في إخضاع اتفاق التحكيم لقانون دولة المقر . وعلى الرغم من أن المعاهدات الرئيسية المتصلة بالتحكيم لم تتبن هذه القرينة ،إلا أنها أيضا تمسكت بمعيار مقر انعقاد جلسات التحكيم على اعتبار انه العامل الرئيسي للإسناد و الذي يسمح بتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد . ومن الملاحظ أن معاهدة جنيف الموقعة عام 1923 ، لم تتضمن أي نص بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم ، و أيضا فإن معاهدة جنيف الموقعة سنة 1927 ، اقتصرت على تطلب أن يكون التحكيم قد صدر بناء على مشارطة تحكيم أو اتفاق تحكيم صحيح وفقا للقانون الواجب التطبيق عليه ، و لكنها لم تحدد كيفية تعيين هذا القانون . كذلك فإن معاهدة نيويورك الموقعة في عام 1958 ، تقر رفض الاعتراف وتنفيذ الحكم التحكيمي إذا كان اتفاق التحكيم الذي بالاستناد إليه صدر الحكم المطلوب الاعتراف به وتنفيذه غير صحيح وفقا للقانون الذي أخضعت الأطراف اتفاق التحكيم إليه . وفي حالة عدم وجود إشارة من

---

[1] E.Gaillard , op.cit , N° 40 .

قبل الأطراف وفقا لقانون الدولة التي صدر فيها حكم التحكيم ، فوفقا لمعاهدة نيويورك ، فإنه إذا لم تقم الأطراف بإخضاع اتفاق التحكيم لقانون محدد ، فإن القانون المختص للفصل في مسألة صحة اتفاق التحكيم هو قانون الدولة التي صدر فيها الحكم أي قانون دولة المقر .

وهناك خلاف فقهي حول تفسير المقصود بلفظ الإشارة المذكور في المادة السابقة وهل يقصد به الاختيار الصريح أو كل عنصر من عناصر العقد يعبر عن الإرادة المشتركة للأطراف . ويذهب جانب من الفقه إلى القول بأن وجهة النظر الأولى تتماشى مع نية واضعي المعاهدة [1] .

وتنص معادة جنيف الموقعة سنة 1961 على أنه " إذا تعلق الأمر بوجود وصحة اتفاق التحكيم ، فإن محاكم الدول المتعاقدة تفصل في هذه المسألة وفقا للقانون الذي اختاره الأطراف ليسري على اتفاق التحكيم وفي حالة عدم وجود تعيين أو إشارة في هذا الشأن فإن اتفاق التحكيم يخضع لقانون الدولة التي صدر فيها الحكم التحكيمي . وفي حالة عدم تعيين القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم من قبل الأطراف ، وفي لحظة ما إذا كانت المسألة المعروضة على القضاء لم يكن من الممكن معرفة ما هي الدولة التي سوف يصدر فيها الحكم التحكيمي ، فإن الفصل في وجود اتفاق التحكيم وصحته يتم وفقا للقانون المختص الذي تحدده قواعد الإسناد في قانون القاضي " فهذا النص شأنه في ذلك شأن معاهدة نيويورك يأخذ بمعيار مقر انعقاد جلسات التحكيم كضابط إسناد احتياطي بعد أن كرس في المقام الأول ، اختصاص ضابط قانون الإرادة ، مع الاحتفاظ بمكانة احتياطية لإعمال القانون الذي تشير بتطبيقه قواعد الإسناد في دولة القاضي على النحو المقدم . وهنا أيضا ، يبدو من المشكوك فيه ، أن يؤخذ بعين الاعتبار ، بأي إشارة أخرى غير الإشارة الصريحة بوصفها وحدها المعبرة عن قانون الإرادة .

ولقد أخضعت الكثير من أحكام التحكيم ، اتفاق التحكيم لقانون دولة المقر الذي انعقدت فيها جلسات التحكيم . ويرى الأستاذ قيارE. Gaillard أن اللجوء إلى استخدام ضابط مقر انعقاد جلسات التحكيم كضابط احتياطي في حالة عدم وجود اختيار

---

[1] E.Gaiilard , op.cit , N°43 et suite .

صريح للقانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم ، ينبع من فلسفة تختلف بشكل ملحوظ عن تلك التي عبر عنها قرار مجمع القانون الدولي الصادر في 1957 و1959، الذي جعل من ضابط مقر التحكيم ضابطا ذا طبيعة آمرة [1]. فضابط مقر انعقاد جلسات التحكيم وفي ضوء وظيفته كضابط احتياطي يستمد قوته من صفته كعامل من عوامل تركيز اتفاق التحكيم في قانون دولة المقر ، وبهذه المثابة فإنه لا يترجم تكييف اتفاق التحكيم على اعتبار أنه مسألة تتعلق بالإجراءات . ومع ذلك فإن قيمة ضابط مقر انعقاد جلسات التحكيم تبدو ضعيفة للغاية ، فعادة ما يتم اختيار ضابط المقر لأسباب جغرافية بحتة ، أو لأسباب تتعلق بحياد هذا المكان المختار بالنسبة للأطراف في المنازعة أو حتى في حالة قيام الأطراف أنفسهم باختيار هذا المكان ، فإن هذا الاختيار لا يركز على اعتبارات قانونية وفي حالة قيام هيئة التحكيم بتحديد هذا المقر فإن قيمته كعامل من عوامل التركيز تكون أخف بكثير ، ولا سيما إذا تعلق الأمر بالبحث عن النظام القانوني الذي ارتضت الأطراف على تركيز اتفاقهم فيه [2]. ويذهب الأستاذ قيار Gaillard إلى أن تحليل كل ضوابط الإسناد المختلفة و الممكنة لإيجاد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم في حالة الإصرار على اكتشاف هذا القانون من خلال إعمال منهج التنازع التقليدي ، تترك لدى المرء شعورا بعدم الدقة و التأكد وهو الشعور الذي يساور المرء من خلال تقدير أن هذه الضوابط و إعمالها من قبل قضاء التحكيم ، وهو ما يستشعره المرء أيضا من تحليل الحلول السائدة في القانون المقارن . فلقد لاحظ الأستاذ رينيه دافيد René David بعد تحليله للعديد من الأنظمة القانونية و لا سيما القانون الألماني ، البلجيكي ، الإيطالي و السويسري ، أن قواعد تنازع القوانين الواجبة التطبيق على اتفاق التحكيم لا تظهر في أي دولة من الدول. ويلجأ القضاء إلى تطبيق مبادئ مستقرة ، ويتضح من الصياغات التي عليها الأحكام الصادرة عن هذا القضاء ، أنه لا يمكن اعتبارها متضمنة انحيازا كاملا لنظرية معينة ، ولا يعتبر إلا مجرد تسبيب مناسب من أجل تبرير الحل الذي أعطاه القضاء للواقعة المعروضة عليه [3]. ويعد ذلك أحد الأسباب

---

[1] E.Gaillard , op.cit , N°43 .

[2] E. Gaillard , J.CI Droit .inter et Fasc 586-1, 1994 , op.cit , n°.45 et suite .

[3] نفس المرجع السابق .

التي من أجلها تم إحلال منهج القواعد المادية محل المنهج التقليدي للتنازع في القانون الوضعي الفرنسي ، وهو المنهج الذي سنعرض له الآن .

المطلب الثاني

تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم من خلال إعمال منهج القواعد المادية

كرست الأحكام الصادرة من محكمة باريس أولا ثم بعد ذلك محكمة النقض الفرنسية منهجا يسمح بتقدير وجود وصحة اتفاق التحكيم من خلال إعمال القواعد المادية استقلالا عن البحث عن القانون الواجب التطبيق ، ويتعين لإبراز ذاتية هذا المنهج أن نعرض أولا للأحكام القضائية التي كرسته ثم بعد ذلك لمدى تقدير الفقه له .

الفرع الأول

تكريس القضاء الفرنسي لمنهج القواعد المادية للفصل في مسألة وجود وصحة اتفاق التحكيم

اتجه القضاء الفرنسي ، الذي استخلص في بداية الستينات مبدأ صحة اتفاق التحكيم من مبدأ استقلالية هذا الاتفاق ، إلى بلورة هذه النتيجة في نهاية الثمانينات و بداية التسعينات ، في العديد من الأحكام الصادرة عن محكمة استئناف باريس ، والتي أكدت بشكل حاسم على أنه في المسائل الدولية يتمتع شرط التحكيم بصحة و فعالية ذاتية . ويؤكد الفقه الفرنسي في مجموعه على أن ذلك القضاء ليس إلا مجرد طريقة أخرى لفرض مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن كل نظام قانوني وضعي يحكم هذا الاتفاق . فاتفاق التحكيم يتضمن في ذاته صحته وفعاليته [1]. فبعد أن قررت أحكام القضاء الفرنسي مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي الذي تتضمنه تلك الاستقلالية ، التي تستبعد إمكانية تعرض اتفاق التحكيم للمساس به بالنظر إلى عدم صحة العقد الأصلي ، ذهبت هذه الأحكام إلى تقرير استقلالية هذا

---

[1] Paris .20 avr 1988 , Rev.arb.1988 ,p.570, Paris , 30 nov1988 , et 14 fev1989 . Rev . arb.1989 , P.691 note P.Y.tchanz. et Paris , 28.nov1989 , Rev . arb .1990 , P. 675 note P.Mayer et Paris , 11 janv 1990, clunet 1991 , P.144 note B.Audit ; Rev . arb.1992 , P.95 note D.Cohen.

الاتفاق عن كل قانون وضعي [1] . ولقد ظهر هذا المفهوم الجديد لأول مرة في حكم محكمة النقض الفرنسية في قضية هاشت Hecht ، إذ ذهبت المحكمة العليا الفرنسية إلى استخلاص مبدأ الصحة الذاتية لشرط التحكيم من استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الذي يحكمه ، ودون اللجوء إلى استخدام التنازع التقليدي . وتتعلق المنازعة التي استخلص فيها القضاء الفرنسي هذا المفهوم الجديد بصحة شرط تحكيم مندرج في عقد دولي للوكالة التجارية ، اتفقت الأطراف صراحة على إخضاعه للقانون الفرنسي الصادر عام 1958 بشأن الوكلاء التجاريين . ولقد تمسك المدعي عليه بعدم صحة شرط التحكيم استنادا إلى أن القانون الفرنسي المختار من قبل الأطراف يحرم مثل هذه الاتفاقات بين التجار وبين غير التجار [2]. وبتاريخ 19 جوان 1970 رفضت محكمة استئناف باريس هذه الحجة التي تمسك بها المدعي مشيرة إلى أنه "على الرغم من الإشارة إلى النص الفرنسي المذكور ، فإن الأطراف المتعاقدة تبنت شرطا تحكيميا خارج الفروض التي يسمح بها القانون الفرنسي" . وأسندت المحكمة هذا الحل إلى مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم ولكنها ذهبت إلى مدى أبعد من مجرد تقرير النتائج التي تترتب منطقيا على مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الذي يتضمنه ، فالتحكيم المذكور لا يسند اتفاق التحكيم إلى أي قانون وضعي لدولة ما ويستخلص صحة هذا الاتفاق من مجرد اتفاق إرادة الأطراف على قبول شرط التحكيم . فمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم تطور ليشكل قاعدة مادية تفيد الصحة الذاتية لاتفاق التحكيم الدولي، شريطة احترام ما وضعته المحكمة من تحفظ مزدوج يتمثل في ضرورة احترام القواعد الآمرة في القانون الفرنسي و النظام العام ، والذي اعتبرت المحكمة أنه لا مجال لإعماله على واقعة الحال [3].

وبتاريخ 04 جويلية 1972 رفضت محكمة النقض الفرنسية الطعن المرفوع ضد ما قضت به محكمة استئناف باريس ، مشيرة إلى أن القضاء المتقدم لا طعن فيه " فبعد أن أشار هذا القضاء إلى الطابع الدولي للعقد المبرم بين الطرفين وذكر أيضا أن

---

[1] J.P Ancel : « L'actualité de l'autonomie de la clause compromissoire , Tr. Comité Fr . Dip, 1991, P .75 et suite .

[2] B. Goldman « Arbitrage commercial international . Généralités , Autonomie et principes de validité . Loi applicable » J.Ci.Dr.inter.Fasc586-1, 1989, No 14 et s

[3] Goldman , op.cit , N°14 .

الاتفاق التحكيمي يتمتع في إطار التحكيم الدولي باستقلالية كاملة ، وترتيبا على ذلك استخلاص القضاء المطعون فيه بالنقض ، أن الشرط محل المنازعة يجب إعماله على واقعة الحال ، وهو استخلاص لا غبار عليه ولقد عقب الفقه الفرنسي على القضاء المتقدم ، بالإشارة إلى أن ما ذهبت إليه محكمة النقض يعني أنها استخلصت من مبدأ استقلالية شرط التحكيم ، صحة شرط التحكيم ذاته ، دون أية إشارة إلى القانون الذي يحكم هذا الشرط ، وبالتالي فإن القانون الذي تحدده قاعدة الإسناد من أجل تقرير هذه الصحة تم التغاضي عنها بشكل كامل [1]. فكأن استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للقانون الذي يحكم هذا العقد ، وهي مسألة قد لا تستخلص بشكل تلقائي على النحو الذي ذهب إلى تقريره القضاء الفرنسي . فاستقلالية شرط التحكيم بالنسبة للقانون الذي يحكم العقد ، تعني أن القانون الذي يحكم هذا الشرط من الممكن تحديده من خلال قاعدة تنازع القوانين .

وقبل أن تفصل محكمة النقض في قضية هاشت Hecht فإن محكمة استئناف باريس قضت في حكمها الصادر في 25 يناير 1972 ، ليس فقط أن اتفاق التحكيم لا يخضع بالضرورة للقانون الذي يخضع له العقد الأصلي ، ولكن أيضا قبات صحة هذا الاتفاق نزولا على إرادة الأطراف و لائحة التحكيم المؤسسي التي قبلت الأطراف الخضوع لها ، ودون الإشارة إلى أي قانون وضعي ، وأيضا فإن محكمة باريس كرست ذات المبدأ المتقدم في قضية مانيكوتشي Menicucci في قضائها الصادر في 13 ديسمبر 1975 ، وذلك بإلغائها للحكم الصادر في قضاء أول درجة و الذي قضى ببطلان شرط التحكيم المدرج في العقد المبرم بين فرنسيين و يتعلق بالتوكيل بالبيع في كندا و الولايات المتحدة الأمريكية لأشياء مصنعة في فرنسا . إذ استند قضاء أول درجة في تقريره لبطلان شرط التحكيم إلى أن العقد المبرم يعد عملا تجاريا مختلطا لأنه مبرم بين تاجر و غير تاجر ، هذا من جهة. ومن جهة أخرى فإن العقد محل المنازعة يفتقد إلى الطابع الدولي . وعلى الرغم من اتفاق محكمة استئناف باريس مع محكمة أول درجة فيما يتعلق بالطابع المختلط للعقد محل

---

[1] B.Oppetit , Clunet . 1972 , P.843 et suite et surtout p.845 . dont il cite :
« La Cour de cassation déduit purement et simplement du principe d'autonomie la validité de l'accord compromissoire sans une référence au droit qui régit , la notion de loi de rattachement s'efface totalement » .

المنازعة ، والذي يحرم القانون الفرنسي الداخلي من إدراج شرط التحكيم به، فإن المحكمة لاحظت ، وذلك على عكس ما قضى به قضاء أول درجة ، أن العقد الماثل يعد عقدا دوليا و أن الحظر الوارد في القانون الفرنسي لا محل لإعماله بشأنه و قررت بناء على ذلك صحة شرط التحكيم لما يتمتع به من استقلالية تامة [1] . ولقد أكدت محكمة استئناف باريس بشكل قاطع أنه دون الحاجة إلى البحث عن القانون الواجب التطبيق على موضوع العقد الأصلي أو على إجراءات التحكيم والحكم التحكيمي ، فإنه يكفي لقبول الدفع بعدم الاختصاص المتمسك به أمام المحكمة - والذي ذهب قضاء أول درجة إلى رفضه استنادا إلى بطلان شرط التحكيم – تقرير أن استقلالية شرط التحكيم الوارد في عقد دولي تؤدي إلى صحة هذا الشرط استقلالا عن الإشارة إلى أي قانون وطني . وأيضا وفي ذات المعنى السابق فإن محكمة استئناف Toulouse ذهبت عند الفصل في دعوى بطلان التحكيم المدرج في عقد دولي للوكالة التجارية يتعين تنفيذه في فرنسا ، إلا أنه يكفي لاستبعاد النص الفرنسي الذي يحظر مثل هذا الشرط في العقود المختلطة الإشارة إلى المبدأ المستقر لاستقلالية شرط التحكيم ، إذ يكرس القضاء الفرنسي الحديث عن هذه الاستقلالية ليس فقط في علامة شرط التحكيم بالشروط التعاقدية الأخرى في العقد ، ولكن أيضا في علاقة هذا الشرط بكل قانون وطني[2]. ولعل ما تجدر الإشارة إليه أنه بالنسبة لهذه الطائفة الأولى من الأحكام فإن محكمة استئناف باريس لم تستخدم هذه الصياغة إلا من أجل استخلاص نتائج محددة تتعلق بنطاق اتفاق التحكيم ، ولا سيما في مواجهة الأطراف التي لا تعد موقعة على هذا الاتفاق من الناحية الرسمية و الشكلية و ليس بغرض تقرير صحة اتفاق التحكيم . كذلك فإن بعض الأحكام القضائية ذهبت إلى أنه في إطار التحكيم الدولي ، يعد مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم ذو تطبيق عام ، يكرس باعتباره قاعدة مادية دولية ، صحة اتفاق التحكيم ، دون الإشارة إلى أي نظام لتنازع القوانين ، فصحة اتفاق التحكيم لا تخضع إلا لمقتضيات النظام العام الدولي . وهو ما قضت به محكمة استئناف باريس في قضية قاتوال Gatoil في

[1] B. Goldman , op.cit , N°15 .

[2] نفس المرجع السابق ، نفس البند .

17 ديسمبر 1991 . ولقد ذهبت ذات المحكمة في قضية ديكلار Ducler في حكمها الصادر في 08 مارس 1991 إلى أنه " في التحكيم التجاري الدولي ، يتمتع شرط التحكيم باستقلالية قانونية كاملة في علاقته بالعقد الأصلي و الذي لا أثر لوجوده أو لبطلانه على الشرط المذكور ، وأيضا في علاقته بالقانون الداخلي الواجب التطبيق على العقد الأصلي ، إلا نزولا على مقتضيات النظام العام الدولي [1] . كما قضت محكمة باريس في حكمها الصادر في 26 مارس 1991 في قضية داليكو Dalico بأنه " في إطار التحكيم الدولي ، فإن مبدأ صحة واستقلالية شرط التحكيم يكرس استقلالية اتفاق التحكيم في مواجهة النصوص المادية للعقد الذي يشير إليه و أيضا في مواجهة القانون الداخلي الواجب التطبيق على هذا العقد ، بشرط عدم مخالفة النظام العام الدولي و لا سيما ما تعلق منه بقابلية المنازعة للفصل فيها بواسطة التحكيم [2]. فوفقا لهذا المفهوم الذي اعتنقته محكمة استئناف باريس فإن اتفاق التحكيم لا يفلت من الخضوع بشكل مطلق للقانون، إذ يتقيد بالخضوع لمقتضيات النظام العام الدولي.

وفي 20 ديسمبر 1993 كرست محكمة النقض الفرنسية في قضية Dalico هذا النظر في تقدير اتفاق التحكم الدولي [3] ، وذلك عند نظرها في الطعن المرفوع أمامها ضد الحكم الصادر عن محكمة استئناف باريس بشأن ذات القضية و الذي صدر عنها في 26 مارس 1991 ، إذ ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى القضاء بأنه " وفقا لقاعدة مادية من قواعد القانون الدولي للتحكيم ، يعد شرط التحكيم مستقلا من الناحية القانونية عن العقد الأصلي الذي يتضمنه سواء بطريق مباشر أو عن طريق

---

[1] - Paris , 17 Decem .1991 , Rev . arb.1993 , P.281 note Synvet . et Paris , 08 Mars .1990, Rev . arb,1990 , P.675. note P.Mayer .

حيث قررت محكمة استئناف باريس :

« En matière d'arbitrage international , la clause compromissoire possède une complète autonomie juridique , à l'égard tant la convention principale dont l'existence ou la nullité n'on aucun effet sur elle , que de la loi interne applicable à cette convention , sous la seule réserve de l'ordre public international ».

[2] Paris , 26 mars 1991 , Rev.arb.1991, P.456 note Gaudement – Tallon : « En matière d'arbitrage international , le principe de validité et d'autonomie de la clause compromissoire , consacre l'indépendance de la convention d'arbitrage à l'égard tant des dispositions substantielles du contrat auquel elle se rapporte que de la loi interne applicable a cette convention , sous la seule réserve de l'ordre public international , notamment quant à l'arbitrabilité du litige ».

[3] C.Cass , 20 décem 1993 , Rev.arb . Crit.1994 , P.663 note P.Mayer , Clunet .1994 , note E.Gaillard , Rev.arb.1994 , P.116 note H. Gaudement-Tallon , Clunet .1994 , P.436 note Eric Loquin .

الإشارة، فوجود اتفاق التحكيم وصحته تتقرر وفقا للإرادة المشتركة للأطراف ، دون حاجة إلى الإشارة إلى قانون وطني وضعي ، باستثناء التقيد بالقواعد الآمرة في القانون الفرنسي و النظام العام الدولي " .

ولقد حرصت محكمة النقض على الإشارة إلى أن محكمة استئناف باريس قد أصابت صحيح القانون عندما رفضت ، في المنازعة القائمة بين الشركة الدانمركية داليكو Dalico و الحكومة الليبية ، الحجة المستندة إلى القانون الليبي كقانون يتعين إعماله من أجل تقدير وجود وصحة اتفاق التحكيم[1]. وتتعلق الوقائع التي صدر فيها حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في 20 ديسمبر 1993 بما يلي : في 15 جوان 1981 أبرمت إحدى الوحدات المحلية التابعة للدولة الليبية عقدا مع شركة دانمركية هي شركة Dalico ، يخول هذا العقد لهذه الأخيرة القيام بالأعمال اللازمة من أجل صرف المياه . ولقد نص في العقد المذكور ، على اعتبار أنه جزء لا يتجزأ من العقد ، علاوة على الوثائق الخاصة بالمناقصة، الشروط النموذجية أو المعدلة في الملحق . وتتضمن الشروط النموذجية الموقعة شرطا مانحا للاختصاص للمحاكم الليبية ، بينما عدل الملحق غير الموقع عليه هذا الشرط عن طريق الإحالة إلى شرط التحكيم الوارد في إحدى الوثائق المتعلقة بالمناقصات . ولقد تقدمت شركة Dalico بعرض المنازعات الناشئة بينها وبين الطرف الليبي للتحكيم وفقا لقواعد غرفة التجارة الدولية بباريس ، إعمالا لشرط التحكيم الوارد في المناقصة . ولقد قررت محكمة التحكيم اختصاصها بنظر المنازعة القائمة بين كل من الشركة الدانمركية و الطرف الليبي ، وقررت تعيين خبير، وانتهت إلى تقرير مسؤولية الطرف الليبي عن فسخ العقد و ألزمته بدفع مبالغ متنوعة للطرف الدانمركي . ولقد طعن الطرف

---

[1] أنظر النص الفرنسي لحكم محكمة النقض المذكورة :

« Mais attendu qu'en vertu d'une règle matérielle du droit international de l'arbitrage , la clause compromissoire est indépendante juridiquement du control principal qui la contient directement ou par référence et que son existence et son efficacité s'apprécient , sous réserve des règles impérative du droit français et de l'ordre public international , d'après la commune volonté des parties , sans qu'il soit nécessaire de se référer à une loi étatique ; qu'en l'espèce , la cour d'appel a légalement justifiée sa décision en établissant l'existence de la clause d'arbitrage sans avoir égard à la loi Libyenne du contrat et a souverainement retenu , par l'analyse et l'interprétation des documents produit , que l'annexe invoquée avait , notamment pour objet de substituer la cause d'arbitrage stipulée a l'origine à celle donnant compétence aux tribunaux libyens et que son intégration dans l'ensembl contractuel démontait , bien que ce document ne fût pas signé , la commune intention des parties à se soumettre à la clause litigieuse ».

الليبي في هذه الأحكام الثلاثة المتعاقبة بالبطلان . ولعل الطعن الأساسي الذي يعنينا في هذا الصدد هو تمسك الطرف الليبي بعد اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في المنازعة المعروضة عليها استنادا إلى بطلان شرط التحكيم وفقا لكل من القانون الليبي والقانون الفرنسي . ولقد رفضت محكمة استئناف باريس الطعن بالبطلان مقدرة أن مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم وصحته ، لا يقتضي الإشارة إلى تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد . فالملحق الذي ينص على شرط التحكيم عن طريق الإشارة ، قد تم إدماجه ، نزولا على الإرادة المشتركة للأطراف ، في الإطار التعاقدي الذي يعد بمثابة قانون الأطراف [1]. وعندما طعن الطرف الليبي في حكم محكمة استئناف باريس أمام محكمة النقض ذهبت هذه الأخيرة إلى القضاء على النحو المشار إليه أعلاه ، مقدرة صحة اتفاق التحكيم دون حاجة إلى الإشارة إلى قانون وطني وضعي باستثناء التقيد بالقواعد الآمرة في القانون الفرنسي و النظام العام الدولي . والواقع أن ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية ومن قبلها محكمة استئناف باريس ، و إن كان محلا لتأييد جانب من الفقه الفرنسي ، فإنه كان محلا أيضا لانتقاد جانب آخر من الفقه . وسوف نعرض لهذا الجانب الأخير ثم نتبع ذلك بعرض رأي الجانب الفقهي المؤيد لاتجاه محكمة النقض .

الفرع الثاني

الرأي الفقهي المعارض للاتجاه الحديث في القضاء الفرنسي بشأن إعمال منهج القواعد المادية على صحة اتفاق التحكيم

ذهب جانب من الفقه الفرنسي ، الذي قام بالتعليق على أحكام محكمة استئناف باريس التي أكدت استقلالية اتفاق التحكيم عن كل قانون وضعي إلى قبول هذا القضاء مع بعض التحفظ . ولقد لاحظ هذا الفقه أنه من الناحية العملية ، فإن استقلالية اتفاق التحكيم لا يمكن أن تكون بشكل كامل . فالقضاء لا يمكنه أن يقرر إعطاء اتفاق التحكيم صحة مطلقة . فلا يمكن للمرء أن يزعم بصحة اتفاق التحكيم بشكل مطلق ، وأن هذا الشرط لا يمكن تقرير بطلانه بسبب نقص في أهلية أحد

---

[1] Paris , 26 mars 1991 , Rev.arb.1991 , P.456 note Gaudement Tallon

أطرافه أو عيب في الإرادة أو عدم قابلية المنازعة للفصل فيها بواسطة التحكيم . فمثل هذا التقرير لا يمكن أخذه مأخذ الجد [1]. فعلى الصعيد النظري إن المفاهيم المتعلقة باستقلالية اتفاق التحكيم وفعاليته الذاتية ليست بمنأى من الانتقاد ، فلقد لاحظ جانب من الفقه أن التصرف لا يمكن أن يكون صحيحا كأصل عام . فهو لا يعد كذلك إلا إذا تحققت فيه شروط شكلية وموضوعية مفروضة من قبل قاعدة سابقة بالضرورة على هذا التصرف ، وهذه الشروط قد تكون قواعد قانونية تتسم بالشدة، وهي قواعد لا يمكن إنكار وجودها . وهذه الانتقادات تؤدي أحيانا إلى ضرورة إعمال منهج التنازع الذي يسعى إلى تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم ، أفضل من إعمال منهج القواعد المادية . فالفصل في مسألة صحة اتفاق التحكيم ووجوده من منظور القانون الفرنسي وحده ، يعبر عن نوع من الاستعمار القانوني لا محل له ، كما يتضح من قضية داليكو Dalico. فالمحصلة الأساسية لحكم Dalico تتمركز حول النظام القانوني الذي سعت محكمة النقض الفرنسية إلى إخضاع اتفاق التحكيم له . والذي يتلخص في أن وجود اتفاق التحكيم وفعاليته تستند على إرادة الأطراف وحدها و لا تستمد من أية قاعدة قانونية . ومن هذه الزاوية، فإن موقف محكمة النقض يقترب من آراء الاتجاه الإرادي السائد في نهاية القرن الماضي ، و التحفظ الذي وضعته محكمة النقض بشأن القواعد الآمرة للقانون الفرنسي لا يجعلها تقف بعيدا عن أكثر المدافعين عن الاتجاه الإرادي ، إذ أن هؤلاء أنفسهم أخضعوا القوة الخلاقة للإرادة ، للقانون . ومع ذلك فإن محكمة النقض الفرنسية بتقديرها أن الإرادة المشتركة للأطراف التي يستمد اتفاق التحكيم منها وجوده و فعاليته مصدرها قاعدة مادية في القانون الدولي للتحكيم ، تقرر الاستقلال القانوني لاتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي . فالقوة الملزمة للإرادة المتطابقة للأطراف تستمد من هذه القاعدة مع احترام القواعد الآمرة في قانون القاضي . والواقع أن هذا النظام القانوني الذي شيدته محكمة النقض ليحكم اتفاق التحكيم يثير العديد من التساؤلات لا سيما فيما يتعلق بطبيعة هذه القاعدة التي تقرر صحة اتفاق

[1] P.Mayer « L'autonomie de l'arbitrage international dans l'appréciation de sa propre compétance , cours, op.cit N°112 .

التحكيم و فعاليته [1] . فما هي طبيعة قاعدة القانون الدولي للتحكيم التي تقول بها محكمة النقض ؟ هل تنتمي هذه القاعدة بالضرورة إلى قانون أعلى من القوانين الوطنية ؟ . إن محكمة النقض ذاتها قد أشارت إلى أنه من غير الضروري من أجل القول بصحة اتفاق التحكيم وفعاليته ، الإشارة إلى قانون وطني . أم أن القضاء الفرنسي لم يقصد بإشارته السابقة استخلاص قاعدة فوق القوانين الوطنية ؟ . ولعل تحديد طبيعة هذه القاعدة المقول بها ، يتوقف على التركيز بالأوضاع القانونية الراهنة . فمن المعلوم أن القانون الدولي العام لا يهتم بتنظيم العلاقات الناشئة عن الأطراف الخاصة ، هذا من جهة ، كما أن القول بوجود قانون عابر للدول يعنى بتنظيم هذه العلاقات ، قول يدحظه ما نادى به جانب من الفقه الغربي نفسه وغالبية الفقه المنتمي إلى العالم الثالث . و بذلك فإنه يتعين تفسير الإشارة التي ذهبت إليها محكمة النقض بقولها "القانون الدولي للتحكيم على أنها تعني القانون الفرنسي للتحكيم " . إذ أن هذه القاعدة التي خلقتها محكمة النقض الفرنسية تتضمن في ثناياها على الأقل ، صحة شرط التحكيم عن طريق الإشارة ، وهو حل غير متفق عليه في القانون المقارن ، ولا يوجد ما يخول القضاء الوطني في دولة من الدول ، أن يدعي بأن هذا الحل الذي توصل إليه يشكل قاعدة من قواعد القانون العابر للدول المدعى به . كذلك فإن الادعاء باستخلاص القاعدة القانونية التي تقرر صحة وفعالية اتفاق التحكيم من القانون الدولي للتحكيم الذي لا وجود له ، يتضمن في ثناياه أن القانون الفرنسي ذاته للتحكيم يعتريه النقص وهي مقولة محل شك . ومن هنا فإنه يبدو من غير المنطقي البحث في نظام قانوني لا وجود له ، عن قاعدة قانونية ، من الصعوبة بمكان عدم وجودها في القانون الفرنسي ، والذي تقرر محكمة النقض أنه واجب الاحترام فيما يتعلق بقواعده الآمرة [2]. ولذلك فإن صحة وفعالية اتفاق التحكيم لا تعدو أن تكون مجرد قاعدة يقرها القانون الوطني الفرنسي للتحكيم الدولي ودون الادعاء بأكثر من ذلك .

---

[1] أنظر تعليق P. Mayer على حكم Dalico المنشور في المجلة الانتقادية 1994 ص 664 وما بعدها .

[2] أنظر تعليق p. Mayer ، نفس المرجع السابق ص 227 .

و إلى جانب هذا الاتجاه الذي يميل إلى التقدير السلبي للاتجاه المدافع عن إعمال المنهج المادي للفصل في مسألة صحة اتفاق التحكيم ووجوده ، فإن من خلال انتقاده لأحاكم القضاء الفرنسي و لا سيما لأحكام النقض الأخيرة ، هناك جانب آخر من الفقه يدافع عن هذا الاتجاه مفضلا إعماله عن إعمال منهج التنازع ، من خلال تأييده دون تحفظ لأحكام المحكمة العليا في فرنسا ، بل إن بعض التعليقات السابقة على صدور هذه الأحكام ، قد ذهبت إلى ذات المعنى الذي انتهت إليه المحكمة العليا ، وهو الرأي الذي سنعرض له الآن :

الفرع الثالث

الرأي الفقهي المؤيد لإعمال منهج القواعد المادية على مسألة الفصل في صحة اتفاق التحكيم ووجوده

يترتب على مبدأ اختصاص المحكم بالفصل في مسألة اختصاصه ، أن لا ينظر القضاء الوطني في مسألة وجود اتفاق التحكيم وصحته إلا من خلال فحص الحكم المطعون فيه بالبطلان ، أو من خلال فحص طلب تنفيذ الحكم التحكيمي والذي يتمسك أحد الأطراف بأن هذا الحكم قد صدر دون الاستناد إلى اتفاق التحكيم أو بناء على اتفاق تحكيم باطل ، أو انقضت مدته ، أو على العكس من خلال تقدير رفض قبول اختصاص المحكم ، بعد أن قرر خطأ من وجهة نظر الأطراف ، عدم وجود أو صحة اتفاق التحكيم . ولقد أتيحت الفرصة للقضاء في هذا الإطار على أن يؤكد ، وفقا لما ذهبت إليه محكمة استئناف باريس ، أن وجود فعالية اتفاق التحكيم يتعين فحصها فقط في ظل مقتضيات النظام العام الدولي .

ويرى الأستاذ قيار Gaillard أن الانتقادات التي وجهها جانب من الفقه إلى هذا القضاء المتقدم ، والتي استندت إلى الصياغة غير المواتية واستخدام تعبير الصحة الذاتية لاتفاق التحكيم من قبل هذا القضاء ، انتقادات في غير محلها [1] . فالأمر لا يتعلق مطلقا ، من وجهة نظر القضاء الفرنسي ، إلى انفلات اتفاق التحكيم من الخضوع لكل رقابة ولكن تتقيد هذه الرقابة بإخضاع اتفاق التحكيم إلى المفاهيم

[1] E.Gaillard , J.Ci .Dr.Inter . Op.cit Fasc 586 -1 n°54 et suite.

الأساسية التي يكرسها القانون الفرنسي في الإطار الدولي ، وهو ما استهدفه القضاء الفرنسي باستخدام مصطلح النظام العام الدولي . وحتى إذا لم يكن الأمر متعلقا بالنظام العام باعتباره وسيلة لاستبعاد القانون الأجنبي المختص، فإن الإشارة إلى النظام العام تتحقق بشكل تلقائي إذا تعلق الأمر بتقدير مدى قابلية المنازعة للفصل فيها من خلال التحكيم ، والتي تعد مجرد شكل من أشكال احترام النظام العام وفقا لما هو منصوص عليه في المادة 1502-5 من قانون المرافعات المدنية الفرنسي الجديد . وهذا الحل الذي تبناه القضاء الفرنسي من وجهة نظر الأستاذ قيارGaillard يتسم بالتحديد . إذ يتعلق الأمر بالرقابة على وجود أو صحة اتفاق التحكيم ، فهذا السبب الذي تنص عليه المادة 1502-1 ، على اعتبار أنه متميز ومستقل عن ذلك المنصوص عليه في المادة 1502-5 من قانون الإجراءات المدنية الجديد و الخاص بمخالفة النظام العام الدولي ، فاتفاق التحكيم لا يخضع للرقابة إلا في ضوء المفاهيم الأساسية للقانون الفرنسي.

فالقاعدة التي وضعتها محكمة النقض الفرنسية في قضية داليكو "Dalico " تهدف إلى تأكيد أن فكرة صحة اتفاق التحكيم ، واتفاق التحكيم الباطل ، أو الذي انقضت مدته المنصوص عليه في المادة 1502-1 من قانون المرافعات المدني الجديد يجب أن تكون محلا لتقييم مستقل . ومن هنا فإن الأمر لا يتعلق بفكرة العقد الطليق الذي يفلت من الخضوع لأي قانون و إنما يتعلق الأمر بعقد لا تثور بشأنه مشكلة تنازع القوانين . وبعبارة أخرى ، فإن الأستاذ قيار Gaillard يرى أن القضاء المتقدم لا يكرس أي مبدأ من شأنه القول بعدم المساس (Invulnérabilité) باتفاق التحكيم . وبهذه المثابة ، فإنه لا توجد أية استحالة منطقية تحول دون استخلاص مبدأ صحة اتفاق التحكيم ، ليس في هذا الاتفاق نفسه ، وهو ما يعني الاستقلالية في معناها الخالص ، ولكن في الاعتراف بها ، من خلال المبادئ التي يرى النظام القانوني الفرنسي ضرورة إعمالها في الإطار الدولي . فالنظام العام يعبر هنا عن القواعد المادية التي تشكل الحد الأدنى من المبادئ التي يتعين احترامها وفقا للمفهوم الفرنسي للتحكيم الدولي ، حتى يتسنى الاعتراف لاتفاق التحكيم بترتيب آثاره [1] .

---

[1] E.Gaillard , op.cit , N°54 et suite .

ويرى الأستاذ قيار Gaillard أن ما يذهب إليه جانب من الفقه من انتقاد المنهج الذي وضعه القضاء الفرنسي المتقدم ، ووصفه بأنه يمثل نوعا من الاستعمار والاستحواذ القانوني بتغليبه للقواعد ذات الأصل الفرنسي على القواعد التي يتم تقييمها وفقا لقواعد الإسناد ، وأخذه بعين الاعتبار لخصوصيات النظام الفرنسي ، من أجل الفصل في علاقات قد لا تتصل بهذا النظام إلا بشكل عرضي ، يعد انتقادا غير سليم . فالقضاء الفرنسي مختص بالفصل في الطعن بالبطلان المرفوع أمامه ضد الحكم التحكيمي أو بدعوى تنفيذ الحكم التحكيمي ، فالمسألة بالنسبة إليه تتعلق بتقدير ما إذا كان حكم التحكيم الذي صدر بناء على اتفاق التحكيم يتعين الاعتراف به وتنفيذه وفقا للنظام القانوني الفرنسي . وبهذا فإنه لا يوجد أدنى تجاوز من أجل الاعتراف بالحكم التحكيمي من قبل النظام القانوني الفرنسي ، أن يتم تقدير صحة اتفاق التحكيم الذي صدر حكم التحكيم بالاستناد إليه وذلك في ضوء المفاهيم التي يكرسها القانون الفرنسي في إطار العلاقات الدولية . أما بالنسبة لعدم توقع الحلول الذي قد يؤدي إليه إعمال الحل المتقدم الذي كرسه القضاء الفرنسي ، فإن الأستاذ قيار Gaillard يذهب إلى القول بأن المنهج الذي سار عليه القضاء الفرنسي المتقدم يتحرك بالدوافع الدولية . إذ يسعى إلى وضع قواعد خاصة بالتحكيم التجاري الدولي مستوحاة من القانون المقارن و الطموحات المشروعة للمتعاملين بالتجارة الدولية ، ومثل ذلك المنهج دون أدنى شك أقل خطورة من المنهج الآخر ، والذي تتوقف صحة اتفاق التحكيم في ظله على تطبيق القانون الوطني الذي تحدده قاعدة الإسناد الفرنسية والتي يستند إعمالها فقط على مجرد وجود طعن بالبطلان على الحكم التحكيمي أوطلب إصدار الأمر بتنفيذ هذا الحكم ، وبهذا تعد غير متماشية حتى مع التوقعات الافتراضية للأطراف .

وترتيبا على كل ما تقدم ، فإن هذا الجانب من الفقه الفرنسي ، يرى أنه من المناسب تأييد الحل الذي كرسه القضاء الفرنسي ، و الذي يقرر تقدير وجود وصحة اتفاق التحكيم في ضوء المفاهيم التي وضعها القانون الفرنسي بشأن التحكيم التجاري الدولي دون تحفظ . ويذهب هذا الجانب من الفقه إلى القول بأن إعمال منهج القواعد المادية لا يقتصر دوره على تحديد القواعد الواجبة الإعمال على اتفاق التحكيم ذاته،

بل إن هذا المنهج يتعين تطبيقه ليشمل جميع المسائل المتصلة باتفاق التحكيم من حيث وجود الرضا بالتحكيم ، عيوب الإرادة ، قابلية الموضوع محل التحكيم للفصل فيه من خلال التحكيم ، بل وشكل اتفاق التحكيم ذاته [1] . وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية بشأن هذا الموضوع الأخير إلى تبني منهج القواعد المادية من أجل القول بوجود الاتفاق على التحكيم بشكل صريح وذلك على خلاف المسائل الأخرى التي من الصعوبة بمكان القول بأن القضاء الفرنسي قد طبق منهج القواعد المادية عليها بشكل قاطع . واستعراض القضاء الفرنسي ، يكشف عن اتجاهه إلى التوسع في نطاق إعمال مبدأ صحة اتفاق التحكيم و استقلاليته عن إعمال منهج التنازع . ولعله مما يدعم هذه المقولة ، الإشارة إلى حكم محكمة استئناف باريس الصادر في 24 فبراير 1994 و الذي ذهبت فيه إلى القضاء بأنه " في إطار التحكيم التجاري الدولي يعتبر مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم ذو تطبيق عام باعتباره قاعدة مادية تكرس صحة اتفاق التحكيم دون أية إشارة إلى قاعدة تنازع القوانين ، إذ يتم تقدير صحة الاتفاق على التحكيم في ظل مقتضيات النظام العام الدولي فقط ، ومن ثم فإن الحظر الذي تضعه بعض القوانين الوطنية على الدولة في أن تجعل شرط التحكيم قاصرا على العقود ذات الطابع الوطني ، ولا يعد داخلا في إطار فكرة النظام العام الدولي، على نحو يكتفي منه من أجل تقرير صحة شرط التحكيم الوارد في العقد ، ملاحظة وجود عقد دولي أبرم من أجل حاجة المعاملات الدولية ويتفق مع قواعد وعادات التجارة الدولية [2] . ويذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى القول بأن صحة شرط التحكيم لا يمكن النيل منها في ظل القواعد المستقرة الآن ، في القانون الفرنسي ، بالإعمال لنصوص أي قانون أجنبي و ذلك بغض النظر عن مضمون نطاق تطبيق

---

[1] Voir le commentaire d' E.Gaillard sur la jurisprudence de la cour de cassation du 20/12/1993 et de l'affaire Dalico dans clunet .1994 , p.432 et suite , surtout p.446 dont il dit :
« Sans prétention à l'exhaustivité , ces exemples , permettent à tout le moins de constater que la méthode des règles matérielles , que les juridiction Française utilisent en fait depuis longtemps , est très féconde et q'elle est assurément à même de permettre de répondre utilement à l'ensemble des questions que peut soulever l'existence et la validité de la convention d'arbitrage international devant les tribunaux françaises » .
et voir aussi Eric Loquin dans son commentaire sur la même jurisprudence , 10 juillet ,clunet .1994

[2] Paris , 24 fev.1994 , Rev.Trim . Dr Comm.1994 , no 2 obs Dubarry et Loquin

هذه النصوص [1]. فكأن القضاء الفرنسي بإضفائه للطابع العام على مبدأ صحة اتفاق التحكيم دون حاجة إلى إعمال منهج التنازع قد استهدف خلق نوع من الحصانة المضروبة حول هذا الاتفاق . فمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم وصحته يستهدف تحقيق الأمان القانوني لهذا الاتفاق . إذ أنه يتعين توفير الحماية القانونية لهذا الاتفاق الخاص من أجل تحقيق فعاليته ، ولا سيما و أن تخلف هذه الحماية يؤدي إلى تعريض التحكيم الدولي لذات المخاطر و المشاكل التي يتعرض لها المتقاضون أمام محاكم الدولة من ضياع الوقت و الجهد وذلك بالدخول في مناقشات أولية حول وجود وصحة اتفاق التحكيم بالإعمال لجميع الأنظمة القانونية المتصلة بالمنازعة ، لاختيار أحدهما ، وهو الإعمال الذي يتطلبه منهج تنازع القوانين من أجل تحديد القانون الواجب التطبيق على هذا الاتفاق من أجل تقرير وجوده وصحته [2]. ومع ذلك فإن هذه الحصانة التي يتمتع بها اتفاق التحكيم ليست حصانة مطلقة وهو ما يتضح من حكم داليكو Dalico . إذ أن هذا الحكم أخضع مبدأ صحة اتفاق التحكيم لرقابة كل من القواعد الآمرة في القانون الفرنسي و النظام العام الدولي .

ويذهب الفقه الفرنسي في مجموعه ، إلى القول بأن الإشارة إلى القواعد الآمرة في القانون الفرنسي يتعين فهمها على أنها تعني النصوص الفرنسية التي لها طابع قواعد البوليس Loi de police أي تلك التي تعد قواعد آمرة بالنسبة للنظام القانوني الفرنسي في إطار العلاقات الدولية . ولكن ما هي على وجه التحديد تلك القواعد التي تعد آمرة بالنسبة للنظام القانوني الفرنسي في إطار العلاقات الدولية ؟ يوجد اختلاف في الفقه الفرنسي حول تحديد هذه القواعد . فبينما يذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى اعتبار أن القواعد المتعلقة بعيوب الإرادة و قابلية المنازعة لأن تكون محلا للتحكيم من القواعد الفرنسية الآمرة في إطار العلاقات الدولية ، يذهب الجانب

---

[1] أنظر تعليق E. Loquin على حكمي محكمة النقض الفرنسية الصادرين في 09 نوفمبر 1993 و 20 ديسمبر 1993 ، مجلة Clunet 1994 ، ص 690 وما بعدها خاصة ص 698 .

[2] J.P.Ancel (CFDIP) comité Française de droit international privé . 1991, p.81 dont il cite :
« Il fallait établir une protection juridique pour cette convention particulière afin d'en assurer l'efficacité , faute de quoi l'arbitrage international risquerait de conduire aux même difficultés et aux même aléas qu'une procédure judiciaire internationale en exigeant des parties un long débat préliminaire sur l'existence et la validité de la convention d'arbitrage au regard des différant systèmes de droit impliqués par l'affaire , ce qui imposerait comme au préalable un débat sur la définition du droit applicable » .

الآخر من الفقه الفرنسي إلى القول بعدم تمتع القواعد المتعلقة بعيوب الإرادة بهذا الوصف [1]. أما القيد الثاني الذي وضعه حكم داليكو Dalico على مبدأ صحة اتفاق التحكيم كقاعدة مادية من قواعد القانون الفرنسي بشأن التحكيم هو فكرة النظام العام الدولي . والواقع أن استخدام فكرة النظام العام الدولي في هذا الإطار تبدو مثيرة للدهشة على نحو ما لاحظه جانب من الفقه الفرنسي [2]. إذ أنه من المعروف أنه ، وفقا للمعنى التقليدي المتفق على إعطائه لهذه الفكرة في إطار النظرية العامة للقانون الدولي الخاص ، أن النظام العام الدولي لا يتدخل في وظيفته الاستبعادية إلا من أجل استبعاد القانون الأجنبي الذي قامت قاعدة الإسناد في قانون القاضي بتعيينه ، لتعارضه مع المبادئ الأساسية في هذا القانون . ولما كان الأمر لا يتعلق بقانون أجنبي ، يتعين استبعاد أحكامه المخالفة ، وإنما بإعمال القواعد الفرنسية المادية ، فإن فكرة النظام العام الدولي تكون قد استخدمت في إطار آخر غير ذلك الإطار التقليدي الذي تستخدم فيه . فما هو و لماذا ؟ . لتبرير ذلك القيد الذي وضعته محكمة النقض الفرنسية ، يرى الأستاذ إيريك لوكن E.Loquin أن حكم داليكو Dalico يتعين تفسيره وهو ما يظهر من صريح صياغته على أنه يشير إلى قاعدة مادية للقانون الدولي للتحكيم أي أنها قاعدة خارجية على النظام القانوني الفرنسي . فإعمال الدفع بالنظام العام الدولي يجد شرعيته منذ اللحظة التي يتدخل فيها بشكل مباشر ليمنع حكما تحكيميا يتعارض مضمونه مع النظام العام الدولي في فرنسا من أن يرتب أثرا . ويرى هذا الجانب من الفقه أن هيئة التحكيم الدولية ، حتى تلك التي تتخذ من فرنسا مقرا لانعقاد جلساتها ، والتي تطبق القانون الفرنسي على الإجراءات وعلى موضوع المنازعة ، تعد قضاء أجنبيا عن النظام القانوني الفرنسي . ومن هنا فإن الأحكام الدولية لا يمكن مراقبتها في فرنسا إلا بناء عل معيار مطابقتها للنظام العام الدولي وفقا لنص المادة 5/1502 من قانون المرافعات المدنية الفرنسي الجديد[3]. والواقع أن قبول التحليل المتقدم ، يقتضي البحث في مسألة أولية هي طبيعة القاعدة المادية التي تقرر صحة اتفاق التحكيم دون اللجوء إلى منهج التنازع ، وهل هذه

---

[1] E. Loquin , op.cit , clunet , p.698 et aussi Hélène Godement Tallon , Rev .arb 1994 , p.124 .

[2] Hélène Godement Tallon , op.cit N° 125 .

[3] E. Loquin , Clunet .1994 , P.699

القاعدة تنتمي فعلا إلى قانون آخر غير القانون الفرنسي ، فيكون التحليل المتقدم سليما في بعض جوانبه ، أما إذا كانت هذه القاعدة بطبيعتها و بالضرورة لا تنتمي إلا إلى القانون الفرنسي فإن التحليل المتقدم يفقد مصداقيته . ولم يقتصر إعمال منهج القواعد المادية على اتفاق التحكيم على قضاء محكمة النقض بل إن هذا المنهج هو الذي سارت عليه أيضا أحكام التحكيم على نحو ما ذكرنا سابقا وتلك هي النقطة التي سنعالجها الآن :

الفرع الرابع

تطبيق منهج القواعد المادية بواسطة المحكمين

تفصل هيئات التحكيم عند التعرض للفصل في مسألة وجود التحكيم وصحته من أجل تأسيس اختصاصها ، المنهج المادي على منهج التنازع التقليدي ، والذي يتطلب أن يتم تحديد القانون الواجب التطبيق على وجود اتفاق التحكيم وصحته من خلال إعمال قواعد تنازع القوانين [1]. فالمحكم لا ينتمي إلى أي نظام قانوني وطني ، وبالتالي لا يوجد لديه سبب يدفعه إلى ترجيح قواعد الإسناد لأحد الأنظمة القانونية المتصلة بالمنازعة المعروضة عليه للفصل فيها ، ولا إلى ترجيح قواعد النصوص المادية لهذه القوانين . وفي حالة عدم إفصاح الأطراف لإرادتها عن القانون الواجب التطبيق على المنازعة ، فإن تطبيق المحكمين للقواعد التي يقدرون أنها تتماشى مع المقتضيات الضرورية للجماعة الدولية المستخلصة من الدراسات المقارنة والمستمدة من أحكام التحكيم الدولية ، استقلالا عن التأثر بالذاتية الخاصة بكل نظام وطني تعد دون شك حلا يتماشى مع طبيعة عمل المحكم ووظيفته . فعلى الصعيد العملي ، فإن اللجوء إلى إعمال القواعد المادية العابرة للدول ، يعد دون أدنى شك أكثر احتمالية ، من إعمال المنهج الآخر الذي يوقف الفصل في مسألة صحة اتفاق التحكيم على تطبيق أحد القوانين المتنازعة . ولذلك فإن الأستاذ قيار Gaillard يرى أنه من الأفضل أن يدفع الفكر القائم على الطابع العابر للدول لسلطات المحكمين إلى مداها وذلك بغرض السماح لهم بأنه لا يتم تقدير وجود وصحة اتفاق التحكيم إلا في ظل

---

[1] Y. Derrains « Les tendances de la jurisprudence arbitrale internationale » Clunet .1993 , P.829 et suite , spec.p.835 .

المفاهيم العابرة للدول التي استهدفها القضاء الفرنسي من خلال استخدامه لفكرة النظام العام الدولي [1]. والواقع أن المفهوم المحض المؤسس على الرغبة في تحقيق الفاعلية الكاملة للحكم التحكيمي – و الذي عبرت عنه لائحة تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس- يمكنه أن يؤدي ، على العكس ، بالمحكمين إلى الانصياع في آن واحد للمقتضيات التي يتطلبها أكثر من قانون ، كقانون دول المقر و التي قد يكون الحكم التحكيمي محلا للطعن بالبطلان أمام محاكمها ، وقوانين الدول الأخرى التي يكون من المحتمل طلب تنفيذ الحكم في إقليمها ، سواء قررت هذه القوانين خضوع اتفاق التحكيم للفصل في مسألة صحته تبعا لمنهج القواعد المادية أو قررت أن الفصل في هذه المسألة يتم من أجل إعمال منهج التنازع . ومثل ذلك التطبيق لأكثر من قانون يؤدي ، طالما كان تنفيذ الحكم التحكيمي متصور في دولة من الدول التي لا تحبذ التحكيم ، إذا كان القانون الذي يتمسك به أحد الأطراف غير مشجع للتحكيم، يؤدي إلى ترجيح المفهوم الأكثر تشددا. على عكس وجهات نظر الدول الأخرى ، وهو ما لا يعتبر بالتأكيد حلا مقبول لتوزيع المسألة على الأنظمة القانونية المعنية .

وهذه الاعتبارات تفسر سبب وجود قوي في القضاء التحكيمي ، يهدف إلى تقدير وجود وصحة اتفاق التحكيم ، بالرجوع فقط إلى المفاهيم المادية ذات الطابع العابر للدول ، والتي تتلاءم مع الطابع العابر للدول لمصدر سلطة الحكم في الفصل في المنازعات ذات الطابع الدولي . وإذا كان كل من الاتجاهين السابقين يقرر إما إعمال منهج التنازع من أجل تحديد القانون الواجب التطبيق على وجود اتفاق التحكيم وصحته ، أو إعمال المنهج المادي أي تطبيق القواعد المادية ، فإن بعض القوانين الحديثة الصادرة بشأن التحكيم ذهبت إلى مدى أبعد من ذلك ، وسمحت بالمزج بين القواعد المادية وقواعد تنازع القوانين من أجل تقرير صحة اتفاق التحكيم . وهذا هو الاتجاه الأخير الذي سنعرض له الآن :

---

[1] E. Gaillard , op.cit N° 55 et s .

المطلب الثالث

الجمع بين كل من منهج تنازع القوانين و القواعد المادية من أجل تقرير صحة اتفاق التحكيم

أدى قيام بعض التشريعات الحديثة ، بضرورة تقرير صحة اتفاق التحكيم المتصلة بالمنازعات الدولية دون أن يتوقف فحص تلك المسألة على الاعتبارات الخاصة بأي نظام قانوني يكون هذا الاتفاق على اتصال به إلى قيام هذه التشريعات بوضع قواعد مادية خاصة بصحة اتفاق التحكيم من حيث الموضوع ولكنها قرنت الالتجاء إلى هذه القواعد بإعمال منهج التنازع التقليدي على نحو من شأنه زيادة فرص صحة اتفاق التحكيم . وهذا جانب من القوانين التي سلكت هذا المسلك في الجمع بين القواعد المادية وقواعد تنازع القوانين :

الفرع الأول

تكريس التشريعات لمبدأ الجمع بين كل من منهج تنازع القوانين و القواعد المادية من أجل تقرير صحة اتفاق التحكيم

يعتبر المشرع السويسري أول مشرع قبل إمكانية تطبيق كل من القواعد المادية وقواعد التنازع تقرير صحة اتفاق التحكيم . فالمادة 178 من القانون السويسري الذي يعالج اتفاق التحكيم تسمح بالاعتراف بصحة اتفاق التحكيم من الناحية الموضوعية ، إذا كان هذا الاتفاق يتماشى مع الشروط التي يتطلبها القانون المختار من قبل الأطراف ، أو القانون الذي يحكم موضوع النزاع و لا سيما القانون الواجب التطبيق على العقد الأصلي أو وفقا للقانون السويسري [1].

ونص هذه المادة يعد بمثابة قاعدة إسناد ذات مضمون مادي . إذ أنها تسمح للقاضي السويسري المعروض عليه مسألة الفصل في صحة اتفاق التحكيم ، والذي بناء عليه

---

[1] L.Poudret et Reymond : « Le droit de l'arbitrage interne et international en suisse , Payot.1989, p.312 et s . et aussi E. Gaillard , art .op.cit . art 178-2 .

وأنظر أيضا النص الفرنسي للمادة المذكورة :

Art 178-2 : « Quant au fond , elle est valable si elle répond aux conditions que pose soit le droit choisi par parties , soit le droit régissant l'objet du litige et notamment le droit applicable au contrat , soit encore de droit suisse »

صدر الحكم التحكيمي الذي يتعين على هذا القاضي أن يعترف به ، بالتطبيق للقواعد المادية لقانونه .

وتظهر ذاتية الحل الذي وضعه المشرع السويسري بمقارنته بذلك الذي عليه القانون الوضعي الفرنسي المستخلص من القضاء الفرنسي ، من أن صحة اتفاق التحكيم من حيث الموضوع يمكن أن تخضع للقانون المختار من قبل الأطراف أو القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع ، أي بعبارة أخرى للقانون الواجب التطبيق على العقد الأصلي في غالبية الحالات و تطبيق القانون المختار من قبل الأطراف ليس إلا مجرد تكريس للمفهوم التقليدي لمبدأ سلطان الإرادة. أما تطبيق القانون الواجب التطبيق على العقد الأصلي للفصل في مسألة صحة اتفاق التحكيم ، فهو يعني تقرير ما سبق لجانب من الفقه أن اقترحه، بإعمال قواعد هذا القانون لتقرير صحة اتفاق التحكيم . والحلول المتنوعة التي وضعها القانون السويسري والتي يتعين إعمالها بالتناوب ، إذ أنها تتنافس فيما بينها من اجل تقرير صحة اتفاق التحكيم ، تعبر بشكل واضح عن موقف هذا القانون من تشجيع التحكيم . والموقف الذي انتهجه المشرع السويسري ليس موقفا منفردا إذ تبعته فيه العديد من الأنظمة القانونية الأخرى ، كالقانون الجزائري الصادر في 25 أفريل 1993 ، و الذي تتضمن المادة 458 مكرر 1 فقرة 2 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري الصادر بالتاريخ المذكور أعلاه ، نصا مماثلا لنص المادة 178 فقرة 2 من القانون الدولي الخاص السويسري الجديد [1].

أما عن موقف المعاهدات الخاصة بالتحكيم الدولي فإن معاهدة جنيف لا تشير صراحة ، إلا لحالة عدم قابلية المنازعة للفصل بشأنها من خلال التحكيم وفقا لقانون القاضي مادة 6 بند 2 فقرة 2 [2]. ومن هنا وتبعا للطابع التقليدي لهذه المعاهدة، فإن

---

[1] M. Issad : « Le décret législatif Algérien du 23 Avril 1993 Relatif à l'arbitrage international » . Rev.Arb.1993 , P.377 spéc.p.384 .
et M.Bedjaoui et A.Mebroukine : « Le Nouveau droit de l'arbitrage en Algérie » clunet 1933, P.873 spec.p.883 et s .

[2] E.Gaillard , Op.cit N° 63

الدفع بالنظام العام بوصفه وسيلة لاستبعاد القانون الأجنبي المختص ، يعد مندرجا في إطار القانون الواجب التطبيق الذي تم تعيينه وفقا لنص المادة 06 من هذه الاتفاقية .

واهتداءً بالقانون السويسري ، يذهب الأستاذ قيار Gaillard إلى القول بأن القـانون الوضعي الفرنسي يقرر صحة اتفاق التحكيم ، إما مع القانون المختـار مـن قبـل الأطراف أو في حالة عدم الاختيار ، وفقا لقانون مقر التحكيم أو وفقا للقواعد المادية للقانون الفرنسي الواجبة التطبيق على التحكيم التجاري الدولي . ويرى هذا الجانـب من الفقه الفرنسي إلى أن هناك محلا للقول بأن هذا الفرض قد يكون فرضا نظريـا محظا . فلكي يكون هذا الفرض متحققا فإنه يجب أن يكون اتفـاق التحكـيم غيـر صحيح وفقا للقانون الفرنسي على الرغم من الطابع التحرري لهذا القانون ، ولكنـه يعد صحيحا وفقا لنظام قانوني آخر كالقانون المختار من قبل الأطراف على سـبيل المثال . و إذا كان مثل هذا الفرض من المتصور حدوثه ، فإنه من المشكوك فيـه، أن الطابع التحرري لهذا النظام القانوني الأخير، قد لا يبدو من وجهة نظر القاضي الفرنسي مبالغا فيه ، ولا يقوم هذا القاضي باستبعاده باسم فكرة النظام العام الـدولي بوصفها وسيلة لاستبعاد القانون الأجنبي المتعارض مع المبادئ الأساسية في قانون القاضي. فإمكانية رفض الاعتراف بالحكم التحكيمي و تنفيذه ، في حالة مخالفة هذه الأحكام للنظام العام في الدولة المطلوب منها هذا الاعتراف أو ذلك التنفيذ ، وهو ما قررته صراحة معاهدة نيويورك في المادة 5 فقرة 2 ب .

الفرع الثاني

موقف القضاء من مبدأ الجمع بين كل من منهج تنازع القوانين و القواعد المادية من أجل تقرير صحة اتفاق التحكيم

إذا كان القانون الفرنسي بشأن التحكيم و أيضا المعاهدات الدولية المتصلة بالتحكيم و الواجبة التطبيق في فرنسا تسمح وفقا لرأي الأستاذ قيار Gaillard بالإجابة على التساؤل المطروح بالإيجاب إذا كان اتفاق التحكيم صحيحا وفقا للقانون المختار من قبل الأطراف أو في حالة سكوت الإرادة عن الاختيار ، وفقا لقانون

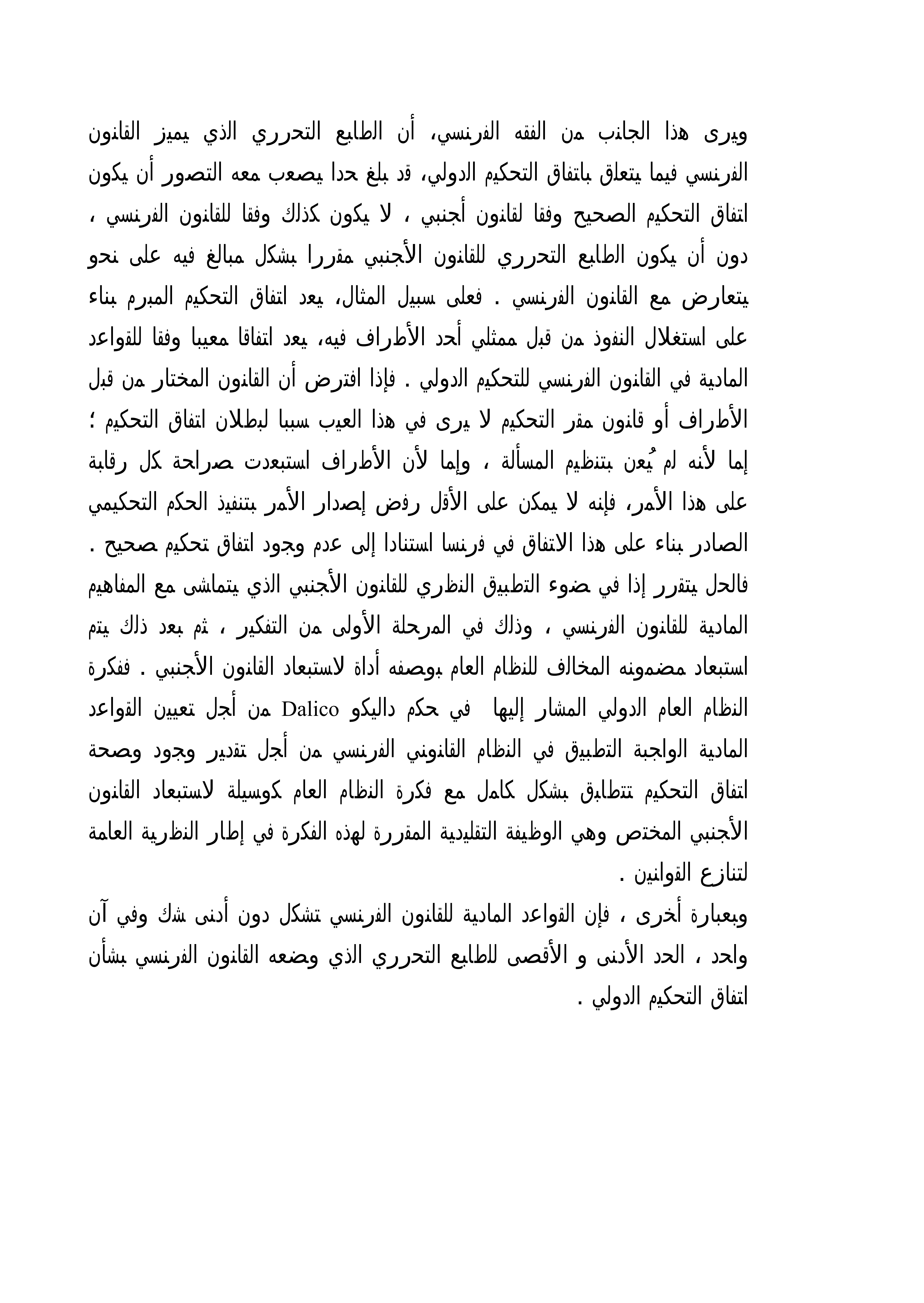
دولة المقر . وإذا كانت القواعد المادية الواجبة التطبيق وفقا لما قرره حكم داليكو Dalico لا يسمح بتقرير صحة اتفاق التحكيم الذي كان أساسا للحكم التحكيمي المطلوب الاعتراف به أو تنفيذه في فرنسا ، فإن القضاء الفرنسي لا يمكنه أن يرفض منح الأمر بالتنفيذ لهذا الحكم التحكيمي طالما كان اتفاق التحكيم صحيحا وفقا للقانون المختار من قبل الأطراف أو في حالة عدم الاختيار وفقا لقانون الدولة التي صدر فيها حكم التحكيم المطلوب الاعتراف به أو تنفيذه . فهذه هي النتيجة الطبيعية المترتبة على المادة 05-1-أ من معاهدة نيويورك لعام 1958 ، و إذا كان صحيحا أن هذه المادة يمكن تجاوزها في حالة وجود قواعد أكثر تحررية لصالح التحكيم ، ولكن القضاء الفرنسي لا يمكنه دون انتهاك للمعاهدة ، أن يكون أكثر تشددا منها . وأيضا في حالة عدم صدور أي حكم تحكيمي فإن المادة 6 فقرة 2 أ ، ب من معاهدة جنيف الموقعة عام 1961 تحظر على القاضي الفرنسي أن يمتنع عن ترتيب الآثار على اتفاق تحكيم صحيح وفقا للقانون المختار من قبل الأطراف ، وفي حالة سكوت الإرادة عن الاختيار ، وفقا لقانون دولة المقر .

الفرع الثالث

موقف الفقه من مبدأ الجمع بين كل من منهج تنازع القوانين و القواعد المادية من أجل تقرير صحة اتفاق التحكيم

يذهب الأستاذ قيار Gaillard إلى أن الحل الذي انتهجه المشرع السويسري والمشرع الجزائري و الذي يقرر صحة اتفاق التحكيم بالإعمال لقواعد تنازع القوانين أو بالتطبيق للقواعد المادية يمكن إتباعه في فرنسا دون حاجة إلى وجود نص تشريعي يقرر ذلك الحل ، واستنادا إلى ذات المنطق الذي من أجله تقرر الحل المتقدم في القوانين المذكورة [1]. و إذا كانت القواعد المادية الفرنسية الواجبة التطبيق على اتفاق التحكيم الدولي لا تكفي لتقرير صحة هذا الاتفاق ، فإنه يمكن على الأقل من الناحية النظرية ، التساؤل هل يمكن للقاضي الفرنسي مع ذلك ، أن يصل إلى تلك النتيجة ، أي إلى تقرير صحة الاتفاق بالتطبيق لقانون آخر ؟

[1] E. Gaillard Op.cit N° 62 et s .



ويرى هذا الجانب من الفقه الفرنسي، أن الطابع التحرري الذي يميز القانون الفرنسي فيما يتعلق باتفاق التحكيم الدولي، قد بلغ حدا يصعب معه التصور أن يكون اتفاق التحكيم الصحيح وفقا لقانون أجنبي ، لا يكون كذلك وفقا للقانون الفرنسي ، دون أن يكون الطابع التحرري للقانون الأجنبي مقررا بشكل مبالغ فيه على نحو يتعارض مع القانون الفرنسي . فعلى سبيل المثال، يعد اتفاق التحكيم المبرم بناء على استغلال النفوذ من قبل ممثلي أحد الأطراف فيه، يعد اتفاقا معيبا وفقا للقواعد المادية في القانون الفرنسي للتحكيم الدولي . فإذا افترض أن القانون المختار من قبل الأطراف أو قانون مقر التحكيم لا يرى في هذا العيب سببا لبطلان اتفاق التحكيم ؛ إما لأنه لم يُعن بتنظيم المسألة ، وإما لأن الأطراف استبعدت صراحة كل رقابة على هذا الأمر، فإنه لا يمكن على الأقل رفض إصدار الأمر بتنفيذ الحكم التحكيمي الصادر بناء على هذا الاتفاق في فرنسا استنادا إلى عدم وجود اتفاق تحكيم صحيح .
فالحل يتقرر إذا في ضوء التطبيق النظري للقانون الأجنبي الذي يتماشى مع المفاهيم المادية للقانون الفرنسي ، وذلك في المرحلة الأولى من التفكير ، ثم بعد ذلك يتم استبعاد مضمونه المخالف للنظام العام بوصفه أداة لاستبعاد القانون الأجنبي . ففكرة النظام العام الدولي المشار إليها في حكم داليكو Dalico من أجل تعيين القواعد المادية الواجبة التطبيق في النظام القانوني الفرنسي من أجل تقدير وجود وصحة اتفاق التحكيم تتطابق بشكل كامل مع فكرة النظام العام كوسيلة لاستبعاد القانون الأجنبي المختص وهي الوظيفة التقليدية المقررة لهذه الفكرة في إطار النظرية العامة لتنازع القوانين .

وبعبارة أخرى ، فإن القواعد المادية للقانون الفرنسي تشكل دون أدنى شك وفي آن واحد ، الحد الأدنى و الأقصى للطابع التحرري الذي وضعه القانون الفرنسي بشأن اتفاق التحكيم الدولي .

الفصل الثاني
آثار استقلال اتفاق التحكيم التجاري الدولي عن العقد الأصلي

الفصل الثاني

آثار استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي

إن مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي لا يعني مطلقـا أن اتفـاق التحكيم يجب أن يكون محلا لرضا وقبول مستقل عـن الرضـا الخـاص بالعقـد الأصلي. كما لا يعني أن شرط التحكيم لا يمكنه أن يلقى ذات المصير الـذي يلقـاه العقد الأصلي في حالة انتقال الحقوق الناجمة عن هذا العقد. ويتضمن هـذا المبـدأ العديد من النتائج الهامة ، بعضها يترتب عليه بشكل مباشر و البعض الآخر ، و إن كان لا يترتب عليه بشكل مباشر ، إلا أنها تتعلق به لأسباب تكتيكية .

المبحث الأول

الآثار المباشرة المترتبة على مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم

يتضمن مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي أثرين ينجمان عنه بشكل مباشر ولاعتبارات منطقية : الأثر الأول وهو عدم ارتبـاط اتفـاق التحكـيم بمصير العقد الأصلي ، والأثر الثاني هو إمكانية خضوع اتفاق التحكيم لقانون آخر غير ذلك الذي يخضع له العقد الأصلي ، وسنتعرض للأمرين في ما يلي :

المطلب الأول

عدم ارتباط مصير اتفاق التحكيم بمصير العقد الأصلي

إن عدم ارتباط مصير اتفاق التحكيم بمصير العقد الأصلي أول أهـم الآثـار المترتبة على مبدأ استقلالية شرط التحكيم . ويعني ذلك أن وجود وصحة وسـريان اتفاق التحكيم لا يتوقف و لا يتأثر بمصير العقد الأصلي الذي يشير إليه هذا الاتفاق و بالتالي فإن الادعاء بأن العقد الأصلي لم يتم إبرامه في الفرض الذي يتضمن شرط التحكيم تم توقيعه ولكن لم يدخل في مرحلة النفاذ ، أو أنه باطل ، أو تـم فسـخه[1]

---

[1] حفيظة السيد الحداد "النظرية العامة..." ، المرجع السابق ، ص 143.

أو أن الالتزامات الناشئة عن العقد الأصلي تم تجديدها ، لا يؤدي إلى عدم فعاليـة اتفاق التحكيم أو المساس به [1].

الفرع الأول

موقف الفقه من ارتباط مصير اتفاق التحكيم بمصير العقد الأصلي

في الحقيقة إن نطاق هذا المبدأ بشأن عدم ارتباط مصير اتفاق التحكيم بمصير العقد الأصلي قد أثار الكثير من الجدل بين الفقهاء . فقد انقسم الفقه إلـى جـانبين ، الجانب الأول منهما فرق بين بطلان العقد الأصلي و انعدامه ، أما الجانب الثاني فقد انتهج الطريق المعاكس وأخذ بعدم التفرقة بين بطلان العقد الأصلي و انعدامه .

أولا : الجانب الذي فرق بين بطلان العقد الأصلي وانعدامه

ذهب جانب من الفقه وعلى رأسهمساندرس P.Sanders إلى القول بأنه إذا كان اتفاق التحكيم لا يتأثر ببطلان العقد الأصلي ، فإنه مع ذلك ، وعلى عكس ما تقدم ، يتأثر بمصير العقد في حالة انعدامه [2].

ويقول الأستاذ إيريك لوكن Eric Loquin بأنه من الثابت أن انعدام الاتفاق الأصـلي يفترض الغياب الكامل لرضا الأطراف ، وهذا الانعدام في الرضا يشمل كـلا مـن الاتفاق على التحكيم و العقد الأصلي. فكيف يمكن للمرء أن يتصور اتفاق الأطراف على التحكيم للفصل في المنازعات الناشئة عن عقد لم يتم التراضي عليه أصـلا . فانعدام الإرادة يؤدي إلى عدم وجود العقد الأصلي و اتفاق التحكيم أيضا، والوضـع يختلف بطبيعة الحال إذا كان العقد الأصلي معيبا بعيب يؤدي إلى بطلانه . فبطلان العقد الأصلي لا يؤثر بالضرورة على بطلان اتفاق التحكيم .

فمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي يسمح بالإبقاء على اتفاق التحكـيم طالما لم يكن هذا الاتفاق في حد ذاته قد لحق به أي عيب من عيوب الإرادة التـي

---

[1] Pieter Sanders : « L'autonomie de la clause compromissoire » in hommage a Frédéric Eisemann, Publication CCI no.921 .

[2] P.Sanders opcit P.34 Il dit « Il ya pourtant une exception importante à ce principe .C'est le cas ou l'existence même du contrat est contestée . Si la question se pose de savoir si les parties ont vraiment conclu un contrat comportant une clause compromissoire, la compétence des arbitres est alors en cause S'il n'y a pas de contrat du tout , le fondement juridique des pouvoirs de l'arbitre qui réside dans la clause compromissoire insérée au contrat , fait également . Il s'agit donc , selon moi , de bien distinguer la nullité du contrat (avec clause compromissoire) et absence totale (inexistence) d'un tel contrat (avec clause compromissoire) » .

لحقت بالعقد الأصلي وطالما لم يكن محله أو سببه مخالفا للنظام العام الدولي . أمـا انعدام التعبير عن رضا الأطراف بالعقد الأصلي فإنه يؤدي إلى عدم وجـود اتفـاق مستقل في علاقته باتفاق آخر إذ لا يوجد أي اتفاق [1].

ثانيا : الجانب الذي أخذ بعدم التفرقة بين بطلان العقد الأصلي وانعدامه

أما هذا الجانب من الفقه الفرنسي و الذي على رأسـه كـل مـن قولـدمان Goldman و قيار Gaillard أن هذه التفرقة بين بطلان العقد و انعدامه التي تثير فـي الذهن التفرقة التي وضعها القضاء الإنجليزي الرافض لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، بين ما إذا كان العقد معيبا بعيب لحق به منذ انعقاده ، بالمقابلـة بالعيب الذي يؤدي إلى بطلانه ، تفرقة لا داعي لها فاستبعاد مبدأ اسـتقلالية اتفـاق التحكيم بالنظر إلى أن أحد الأطراف يزعم عدم وجود العقد الأصلي ، بينمـا تعـد التفرقة بين فكرتي البطلان والانعدام من الأمور الشائكة ، وأن فكرة الانعـدام مـن الأمور الصعبة التحديد ، و في جميع الأحوال ذات تطبيق استثنائي[2] .

فمجرد الادعاء بانعدام العقد الأصلي لا يكفي في حد ذاته إلى اسـتبعاد اختصـاص المحكم ، إذ أن للمحكم أن يقدر مدى صحة هذا الادعاء . و إذا لاحظ فعلا أن العقد الأصلي غير قائم و لا وجود له قانونا ، وذلك في حالة الانعـدام الكامـل للرضـا المتبادل بين أطراف العقد ، فإنه يستخلص من هـذا الانعـدام ، الآثـار المتعلقـة بموضوع النزاع ، فإذا أتضح للمحكم أن الانعدام المدعى به يسري أيضـا علـى اتفاق التحكيم ، ليس نتيجة لمجرد استخلاص هذه النتيجة من مجرد انعـدام العقـد الأصلي ، ولكن لأن سبب الانعدام الذي لحق بالعقد الأصلي لحـق أيضـا باتفـاق التحكيم ، فإنه يجب عليه في هذه الحالة ، أن يرتب النتيجة الحتمية المترتبـة علـى ذلك الانعدام لاتفاق التحكيم ذاته ويقضي بعدم اختصاصه .

---

[1] حفيظة السيد الحداد "النظرية العامة..." ، المرجع السابق ، ص 147.

[2] Goldman Dr. Ci J Inter et aussi E.Gaillard , op.cit , N° 23

ويؤكد الفقه الفرنسي على أن التفرقة بين مجرد البطلان و الانعدام للعقد الأصلي لم تجد لها أدنى صدى في القضاء الفرنسي الذي تعرض للفصل فـي مسـألة اتفـاق التحكيم من حيث الموضوع [1] .

الفرع الثاني

تكريس القضاء للرأي الآخذ بالتفرقة بين الانعدام والبطلان

ذهبت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 10 جويليـة 1990 فـي قضية شركة كاسيا Cassia ضد شركة بيا Pia إلى ربط مصير اتفاق التحكيم بمصير العقد الذي يتضمن هذا الشرط .إذ ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى القضاء بأنـه في إطار التحكيم الدولي ، فإن مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم يتقيـد بوجـود الاتفـاق الأصلي الذي يتضمن شرط التحكيم المتمسك به من حيث الشكل . ويتم تقدير هـذا الوجود بالضرورة وفقا للقانون الذي تحدده قواعد القانون الدولي الخـاص ، التـي تطبق على شكل العقد الأصلي[2].

وبهذا يكون قضاء محكمة النقض الفرنسية قد كرس الفكرة التي نادى بهـا الأسـتاذ بييتر ساندرس Pieter Sanders في التفرقة بين الانعدام و البطلان . فاتفاق التحكيم لن يكون له وجود إذا كان العقد الأصلي الذي يتضمن هذا الاتفاق لا وجود له .

الفرع الثالث

تكريس المعاهدات الدولية ولوائح التحكيم للاتجاه المؤيد لعدم التفرقة بين البطلان و الانعدام

وعلى الرغم من تبني محكمة النقض الفرنسية للتفرقة بين الانعدام والبطلان، فإن هذه التفرقة بين مسألتي بطلان العقد الأصلي وانعدامه رفضتها بشكل واضـح معاهدة جنيف الموقعة عام 1961 و التي نصت على أن " لمحكمة التحكيم أن تفصل في مسألة وجود وصحة العقد الذي يشكل اتفاق التحكيم جزءا منه" كمـا رفضـتها لائحة التحكيم التي أعدتها لجنة الأمـم المتحـدة للقـانون التجـاري الـدولي فـي

---

[1] B Goldamn , op.cit , N°10 .

[2] Cassation .civil ,10 juillet ,rev.arb.1990 ,p851 note J.H.Moitry et Verne, Clunet 1992 ,P.168 .

المادة 2/21 المذكورة سابقا . كما نص القانون النموذجي للتحكيم الذي أعدته اللجنة السابقة في المادة 1/16 على أن " تقرير محكمة التحكيم لبطلان العقـد الأصـلي لا يؤدي بقوة القانون إلى بطلان شرط التحكيم".

وفي ذات الاتجاه ، ذهبت لائحة التحكيم الخاصة بغرفة التجارة الدولية في بـاريس إلى أن البطلان أو الانعدام المدعى بهما في شأن العقد لا يؤديان إلى عدم اختصاص المحكم (المادة 3/6) كما لم تأخذ لائحة التحكيم الدولي لهيئة التحكيم الأمريكية AAA الصادرة في 01 ماي 1992 في المادة 1/15 بالتفرقة المذكورة بل إنها أعرضت عنها.

أما النتيجة المباشرة الأخرى التي تترتب على مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي فهي تتعلق بإمكانية خضوع اتفاق التحكيم لقانون آخر غير ذلك الذي يحكم العقد الأصلي[1] .

المطلب الثاني
خضوع اتفاق التحكيم لقانون آخر غير ذلك الذي يخضع له العقد الأصلي

يؤدي الأخذ بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي إلى قبـول عـدم خضوع اتفاق التحكيم بالضرورة إلى ذات القواعد التي تحكم العقد الأصلي ، سواء تم إخضاع اتفاق التحكيم إلى قانون محدد بإعمال قواعد الإسـناد التقليديـة أو تـم إخضاع اتفاق التحكيم ، على نحو ما ذهب إليه القضاء الحديث في فرنسا ، سـواء من حيث الفصل في مسألة وجوده أو صحته ، إلى قواعد مادية تتماشى مع الطـابع الدولي للتحكيم ، ولدراسة هذه النقطة ، نعرض لكل من موقفي الفقه والقضاء مـن مبدأ خضوع اتفاق التحكيم لقانون آخر غير الذي يخضع له العقد الأصلي .

---

[1] E.Gaillard , op.cit , N°12 .

الفرع الأول

موقف الفقه من إمكانية إخضاع اتفاق التحكيم لقانون غير الذي يخضع له العقد الأصلي

يرى أكثرية الفقهاء، وعلى رأسهم الأستاذ قيار أنه رغم تقدير الاتجاه القائـل بأن مسألة تقدير وجود اتفاق التحكيم وصحته يتعين الفصل فيها في ضـوء نظـام قانوني ، إلا أن استقلالية اتفاق التحكيم تحتم القول بـأن هـذا القـانون لا يشـترط بالضرورة أن يكون هو ذلك القانون الذي يخضع له العقد الأصلي. فشرط التحكـيم يعد جزءا مستقلا عن العقد الأصلي ، وللأطراف ، وأيضا للقضاء الذي قد يعـرض إليه الأمر للفصل في مسألة وجوده وصحته ، إخضاعه لقانون مختلف عن ذلك الذي يخضع له باقي العقد .

الفرع الثاني

تكريس القضاء لرأي الفقه

يقدم القضاء الفرنسي العديد من الأمثلة المترتبة على استقلالية اتفاق التحكيم، والخاصة بعدم خضوع اتفاق التحكيم لذات القانون الذي يخضع له العقد الأصلي [1].

فلقد ذهبت محكمة استئناف باريس إلى القضاء بأن تنفيذ اتفاق التحكـيم لا يخضـع بالضرورة إلى القانون الذي يخضع له العقد الأصلي الذي يوجد اتفاق التحكيم بـين ثناياه [2].

كذلك فإن ذات المحكمة في قضائها الصادر في 21 أكتوبر 1983 رفضـت الـدفع ببطلان حكم التحكيم المستند إلى أن هيئة التحكيم لم تطبـق للفصـل فـي مسـألة اختصاصها ، القانون الذي يحكم موضوع العقد الأصـلي ، وذلـك بملاحظتهـا أن مسألة القانون الواجب التطبيق على الموضوع ، تم تمييزها على الأقل بشكل ضمني في وثيقة المهمة ، عن القانون الذي يتعلق بتحديـد القواعـد التـي تـنظم مسـألة الاختصاص [3].

---

1 E.Gaillard , op.cit , N°25 .

2 Rév .arb.1973 , p.158 note Ph .Fouchard

3 Paris, 21 oct.1983,Rév .arb. 1984, p.98, note A. Chapelle .

و في الحكم الصادر عن قضاء محكمة النقض الفرنسـية فـي 14 ديسـمبر 1983 ، ذهبت المحكمة العليا إلى تأييد قضاء الموضوع فيما ذهبوا إليه مـن عـدم تطبيـق القانون الذي يخضع له العقد الأصلي بصدد تفسير شرط التحكيم المدرج به .
كما أن المحكمة العليا الفرنسية في حكمها الصادر في 03 مارس 1992، في قضـية سونيتاكس Sonetex ، وافقت محكمة استئناف باريس فيما ذهبت إليه مـن تقريـر وجود اتفاقات التحكيم محل المنازعة دون الاهتمام بالقانون الذي يخضع له العقد من حيث الموضوع ، مشيرة إلى أنه ليس لمحكمة الاستئناف - من أجل أن تفصل فـي موضوع شكل وإثبات هذه الاتفاقات - أن تقوم هذا الفصل في ظل قانون لا ينطبق عليها بالنظر لاستقلالية هذه الاتفاقات عن العقد الأصلي في التحكيم الدولي . ويقر قضاء التحكيم الدولي أيضا ، أنه بالإعمال لمبدأ استقلالية اتفاق التحكـيم ، يكـون القانون الواجب التطبيق على هذا الاتفاق مختلفا عن ذلك الذي يحكم موضوع العقـد الأصلي[1].

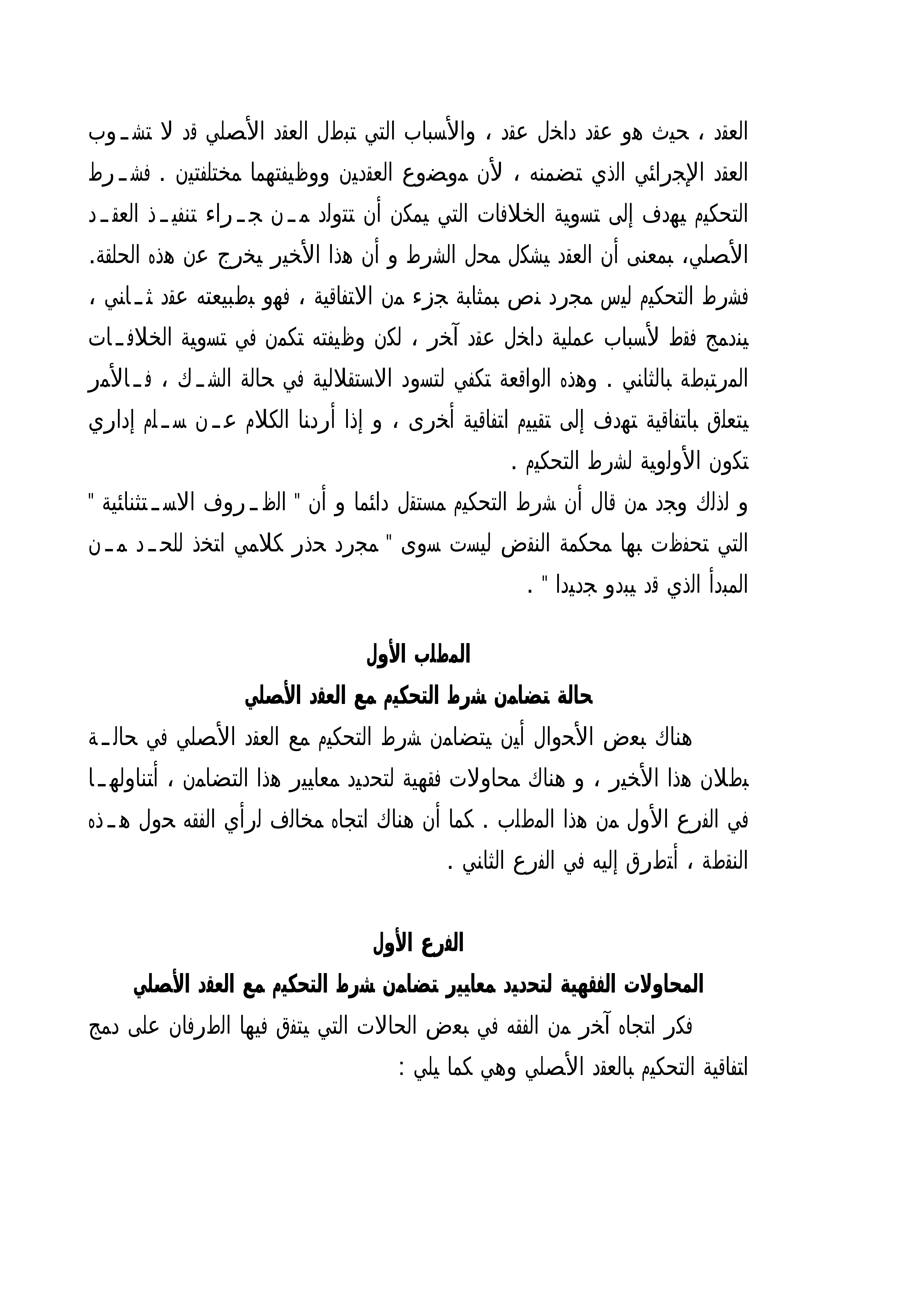
وإلى جانب هذه الآثار المباشرة التي يرتبها مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقـد الأصلي، فإن لهذا المبدأ آثارا غير مباشرة . حيث يرتب مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي ، بطريق غير مباشر ، أثر هام : هو مبـدأ اسـتقلالية المحكـم بالفصل في مسألة اختصاصه ، وسأتطرق إلى هذا المبدأ بالتفصـيل فـي المبحـث الثالث من هذا الفصل . و الآن سوف أعرض إلى الظروف الاستثنائية التس تـؤدي إلى بطلان شرط التحكيم في هذا المبحث

المبحث الثاني
الظروف الاستثنائية التي تؤدي إلى بطلان شرط التحكيم

إن الكلام عن حالة معينة يمكن أن تبطل شرط التحكيم في حالة بطلان العقد الأصلي أمر سطحي . فشرط التحكيم يكون مستقلا لأسباب خارجة عـن نصـوص

---

[1] CCI no.4504, Clunet 1986, p.1118 note S.Jarvin, CCI no.5730, Clunet1990,p.1029 obs. Y. Derains.



العقد ، حيث هو عقد داخل عقد ، والأسباب التي تبطل العقد الأصلي قد لا تشوب العقد الإجرائي الذي تضمنه ، لأن موضوع العقدين ووظيفتهما مختلفتين . فشرط التحكيم يهدف إلى تسوية الخلافات التي يمكن أن تتولد من جراء تنفيذ العقد الأصلي، بمعنى أن العقد يشكل محل الشرط و أن هذا الأخير يخرج عن هذه الحلقة. فشرط التحكيم ليس مجرد نص بمثابة جزء من الاتفاقية ، فهو بطبيعته عقد ثاني ، يندمج فقط لأسباب عملية داخل عقد آخر ، لكن وظيفته تكمن في تسوية الخلافات المرتبطة بالثاني . وهذه الواقعة تكفي لتسود الاستقلالية في حالة الشك ، فالأمر يتعلق باتفاقية تهدف إلى تقييم اتفاقية أخرى ، و إذا أردنا الكلام عن سلم إداري تكون الأولوية لشرط التحكيم .

و لذلك وجد من قال أن شرط التحكيم مستقل دائما و أن " الظروف الاستثنائية " التي تحفظت بها محكمة النقض ليست سوى " مجرد حذر كلامي اتخذ للحد من المبدأ الذي قد يبدو جديدا " .

المطلب الأول

حالة تضامن شرط التحكيم مع العقد الأصلي

هناك بعض الأحوال أين يتضامن شرط التحكيم مع العقد الأصلي في حالة بطلان هذا الأخير ، و هناك محاولات فقهية لتحديد معايير هذا التضامن ، أتناولها في الفرع الأول من هذا المطلب . كما أن هناك اتجاه مخالف لرأي الفقه حول هذه النقطة ، أتطرق إليه في الفرع الثاني .

الفرع الأول

المحاولات الفقهية لتحديد معايير تضامن شرط التحكيم مع العقد الأصلي

فكر اتجاه آخر من الفقه في بعض الحالات التي يتفق فيها الطرفان على دمج اتفاقية التحكيم بالعقد الأصلي وهي كما يلي :

أولا : حالة اتفاق الأطراف على إدراج اتفاق التحكيم في العقد الأصلي

وفي هذه الحالة يتضامن اتفاق التحكيم مع العقد الأصلي . غير أنه في غالبية الأحيان يكون همّ الطرفين هو البت في المنازعة المتولدة من العقد في أسرع وقت و لا يتصور أن يثقلان على التحكيم و يأملان في تجميده و ذلك بربط شرط التحكيم بالعقد الأصلي[1].

ثانيا : الظروف الاستثنائية على قرينة الاستقلالية

ويختلف الأمر عندما تكون مجموع الاتفاقية مشوبة بعيب في الرضا ، ونكون هنا أمام ظرف استثنائي يهدم قرينة الاستقلالية ، لأن شرط التحكيم يعتبر الأساس الحقيقي لاختصاص المحكم ، فبعد غياب هذا الأساس يمكن الاحتجاج على صحته ، فإن الاحتجاج يؤثر على حق المحكم في البت حول اختصاصه و يؤدي إلى تضامن شرط التحكيم مع العقد الأساسي . و يلاحظ في هذا الصدد أن هذا الزعم يجد أساسا له في القضاء الفرنسي المتدخل قبل حكم قوسييه Gossier السابق الذكر ، بحيث أنكر حكم 06 أكتوبر 1953 على المحكمين الحق في البت في اختصاصهم حيث صرح "... إن الدعوى رفعت من أجل الحصول على بطلان الشركة ، فإن هذه المنازعة تعيد النظر في صحة شرط التحكيم المندمج في القانون الأساسي للشركة ، فيجب أن تطرح على محاكم الولاية العامة التي تعتبر لوحدها مختصة بالنظر في المنازعة " . وما يمكن أن يستنتج من هذا الحكم أن المحكم لا يستطيع البت حول اختصاصه لأنه ليس متوليا بسلطة البت إلا إذا كان مخولا بصفة شرعية . فمنذ الوقت الذي يكون فيه شرط التحكيم مشوبا بالبطلان يصبح المحكمون أمام مسألة أولية يخضعونها لمحاكم الولاية .

وفي الحقيقة ليس لهذه المسألة الأولية مبررا عقلانيا . فالمحكم المتولي بصفة شرعية يعتبر قاضيا، وكقاضي له الحق و الواجب في البحث عن اختصاصه، وإن إنكار قدرته في البت في اختصاصه باعتبار أن بطلان وسيلة التولية لا يكسبه صفة القاضي ، ويشكل مصادرة على المطلوب لأن الحل ليس صحيحا إلا إذا ظهر

---

[1] نور الدين بن الشيخ ، المرجع السابق ، ص ص 92، 93.

البطلان، وفي الفرضية المعاكسة سوف نكون قد حرمنا بصفة غير مشروعة المحكم من حقه في البت فيما لا يمكن أن تكون مسألة اختصاص ، وهذا السند لا يكفي لأخطار الغلط الجوهري الذي ألهم فكرة المسألة الأولية . و لا يثبت غياب هذه القدرة إلا إذا كانت النقطة المتنازع فيها قد تم الفصل فيها بطريقة معينة ، أي الحكم ببطلان شرط التحكيم. غير أن ميزة المسألة الأولية تتضمن حرمان السلطة المطروح أمامها النزاع من التطرق إلى المشكل مهما كان وبالتالي من الحل الذي يعطى لهذه المنازعة .

ومهما يكن من أمر فإنه يمكن القول أن بعض أسباب البطلان كنقص الأهلية مثلا أو عيب في الرضا يمكن أن يؤثر على صحة العقد الأصلي وعلى صحة شرط التحكيم ، غير أن هذه المسألة لا تغير من شيء في استقلالية الشرط عن العقد الأصلي.

الفرع الثاني

الموقف المخالف للقضاء

جاءت محكمة النقض الفرنسية بمساهمة هامة في اختصاص المحكم بالنظر في اختصاصه . و لو كان شرط التحكيم محل نظر و ذلك في قضية "هشت"[1]، التي احتج فيها هذا الأخير ببطلان شرط التحكيم لأنه في القانون الفرنسي، لا يعتبر صحيحا إلا بين التجار ، وأما "هشت" فهو وكيل تجاري ، وليس له صفة التاجر.

و يلاحظ في هذه القضية أن شرط التحكيم هو المحتج عليه ، و طرح المشكل على محكمة النقض بتاريخ 04 جويلية 1972 فأيدت محكمة باريس التي قالت بعد أن لاحظت أن القانون الفرنسي هو الواجب التطبيق " ...في ميدان التحكيم الدولي ،

---

[1] والتي تتلخص وقائعها في أن السيد هشت ذو جنسية فرنسية ، يقطن بباريس ، تم توظيفه من قبل الشركة النيرلاندية بويسمانس التي أعطته وكالة استئثارية لبيع باسمها و لحسابها بعض المواد الغذائية في إطار مرسوم 23 ديسمبر1958 . وحصل نزاع بين الطرفين ، فرفع هشت متجاهلا شرط التحكيم المندمج في العقد الأصلي و المتضمن التحكيم لدى الغرفة التجارية الدولية بباريس ، دعوى أمام المحاكم القضائية . فاعترضت الشركة بويسمانس بعدم اختصاص هذه المحاكم ، فاحتج هشت ببطلان شرط التحكيم لأنه في القانون الفرنسي لا يعتبر صحيحا إلا بين التجار و أما هو فهو وكيل تجاري ، وليس له صفة التاجر.

يعتبر شرط التحكيم سواء أبرم منفصلا أو أدمج في التصرف القانوني الذي يـرتبط به ، بالنسبة لهذا الأخير ، مستقلا استقلالية كاملة " . ويلاحظ في هـذه القضـية أن شرط التحكيم يبقى مستقلا و لو كان الاحتجاج بالبطلان موجها ضده . ومهما يكـن فإن هناك أسباب يحل بمقتضاها عيب العقد الأصلي و في شرط التحكيم كمـا هـو الحال لعيب في الرضا أو نقص في الأهلية أو انعدامها أو عدم وجود السلطة الكافية لإبرام شرط التحكيم. و يلاحظ البعض، في هذه الفرضيات ، أن اسـتقلال شـرط التحكيم لا يتأثر نظريا مادام أن بطلان شرط التحكيم ينتج من بطلان العقد الأصلي، وإنما من أسباب البطلان الخاصة به التي تؤدي إلى فسخ مستقل ، فلا يوجـد أبـدا بطلانا مشتركا بل بطلانين متقاربين.

غير أنه في الواقع تبقى عدم صحة العقد الأصلي تؤثر بالضرورة ، ولو بصفة غير مباشرة على صحة شرط التحكيم ، بمعنى أن الشرط يفقد كل معناه عند غياب العقد. فمن الممكن مثلا (و أن الفرضية ليست نادرة في ميدان التحكيم التجـاري الـدولي خاصة) أن العقد الأصلي ما كان ليتم بدون شرط التحكيم . فالأخطار لمثل هـذه العملية التجارية الدولية معادلة ، نوعا ما ، في فكرة الطرفين بضمان حـل ملائـم لخلاف محتمل [1].

و الحقيقة أن كون شرط التحكيم شرطا لازما لإبرام العقد لا يغير مـن اسـتقلاليته عنه. لأن بطلان شرط التحكيم ، ولو يؤثر على سريان التحكيم من الناحية العملية ، فإن ذلك لا يبعد اختصاص المحكم . ويبدو لنا ، من الناحية المنطقية أن المحكمـة الوحيدة المختصة ، هي المحكمة التحكيمية . فيكون الاحتجاج على شرط التحكـيم أوعلى العقد الأصلي أمام المحكمة التحكيمية ، فتنظر هذه الأخيرة في صحة شـرط التحكيم . و إن لاحظت بطلانه، تقف عند هـذا الحـد و لا تواصـل الإجـراءات التحكيمية لكن حتى و إن واصلت الإجراءات التحكيمية رغم بطلان الشـرط فإنهـا تتعرض لمراقبة المحاكم الدولية. التي قد ترفض القرار التحكيمي الصادر انطلاقـا من شرط باطل[2] .

---

[1] نور الدين بن الشيخ ، نفس المرجع السابق ، ص 96

[2] نفس المرجع ، ص 97

المطلب الثاني

حالة اتفاق الأطراف على ربط شرط التحكيم بالعقد الأصلي

تثير عبارة الفقرة الأولى التي وردت في المادة السابعة من قانون التحكيم الإنجليزي و هي " فيما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك " ، التساؤل عن مدى القوة الملزمة لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي إذا ما قرر الأطراف صراحة ربط حكم الاتفاق بمصير العقد الأصلي هل ينتفي عندئذ إعمال المبدأ المذكور إذا جاء العقد باطلا أم يظل مع ذلك متمتعا بالاستقلالية التامة ؟ .

الفرع الأول

تغليب اتفاق الأطراف على مبدأ الاستقلالية

هناك من الفقه [1] من يرى أن العبارة التي أوردتها محكمة النقض الفرنسية في حكم قوسييه Gossier و هي " عدا الأحوال الاستثنائية " كان القصد منها الفرض الحالي ، وبالتالي إذا ما اتفق الأطراف صراحة على ربط مصير اتفاق التحكيم بالعقد الأصلي، فيجب أن يحترم اتفاقهم و يهدر مبدأ الاستقلال ، وهذا هو ما قصده قانون التحكيم الإنجليزي حينما أورد العبارة المذكورة في بداية المادة السابعة قبل تقريره لهذا المبدأ [2].

الفرع الثاني

بطلان الاتفاق على خرق مبدأ الاستقلالية

أما الأستاذ أحمد مخلوف فيخالف وبشدة الرأي السابق الذي يغلب الاتفاق على مبدأ الاستقلالية ، ويراه تقويضا خطيرا لمبدأ الاستقلالية ، الذي أصبح من المبادئ المعترف بها عالميا ، سواء في الاتفاقيات الدولية، أو في أحكام مؤسسات ومراكز التحكيم التجاري الدولي . فهذا المبدأ يتعلق في الواقع بقاعدة آمرة في

---

[1] Lord Mustil «La nouvelle loi Anglaise sur l’arbitrage de 1996 » Rev – arb. 1997 .p,229 .

[2] أحمد مخلوف ، المرجع السابق ، ص 123 .

التنظيم القانوني للتحكيم التجاري الدولي ، لا يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفتها، و إلا وقع هذا الاتفاق باطلا [1] .

و القول بغير ذلك يجعل اتفاق التحكيم الدولي ضربا مـن العبـث ، نأخـذ مثـالا المنازعات المتعلقة ببطلان العقد الأصلي ، فإن الفصل في هذه المنازعات سـوف يصبح أمرا غير ممكن لبطلان اتفاق التحكيم بالتبعية ، وهو الأمر الذي يصبح معه الاتفاق في هذه الحالة بلا أي جدوى أو فاعلية ، على الرغم من أنه يكون قـد ورد في الأصل صحيحا ، لذلك فنحن نرى ضرورة إعمال مبدأ استقلال التحكيم الـدولي في جميع الأحوال ، مادام قد ورد هذا الاتفاق في الأصل صحيحا في ذاته [2].

الفرع الثالث

شرط التحكيم الباطل و شرط التحكيم المريض

هناك أحوال يكون فيها شرط التحكيم باطلا ، وأحوال أخـرى يكـون فيهـا مريضا ، نتناولها كما يلي :

أولا : شرط التحكيم الباطل

وهو إذا ورد اتفاق التحكيم في الأصل باطلا ، أي كان البطلان نابعا من ذاته و ليس مكتسبا ، فهنا لا يكون هناك مجال لتطبيق مبدأ الاستقلالية ، ذلك أن إعمال المبدأ المذكور ليس من أجل جعل اتفاق التحكيم الباطل اتفاقا صحيحا ، وإنمـا مـن أجل حماية اتفاق التحكيم الصحيح من أن يكون اتفاقا باطلا .

ثانيا : شرط التحكيم المريض

أما بالنسبة لشرط التحكيم المريض [3] بحسب تعبير الفقه ، ومن ذلك أن يحدد الأطراف مؤسسة تحكيم غير موجودة ، أو يتم تحديدها على وجه خاطئ ، أو يكون الاتفاق محل شك ، أو يخلو من تحديد أي شيئ لمضمونه و هو ما يطلق عليه أيضا شرط التحكيم الأبيض كعبارة " ربما يلجأ فيه إلى التحكيم " . و تكشف لنا الناحيـة

---

[1] P. Sanders , op.cit , p.31.

[2] أحمد مخلوف ، المرجع السابق ، ص 124 .

[3] و تأتي هذه التسمية إشارة إلى افتقار شرط التحكيم لبعض المسائل اللازمة في تحقيق صحته و فاعليته ، فهو شرط موجود و لكنه غير فعال .

العملية عن تحقيق الفاعلية لهذه الاتفاقات بإعمال الأثر النافع لهـا ، ففـي الحكـم الصادر من محكمة استئناف باريس في 24 مارس 1994 قضت المحكمة بأن شرط التحكيم الذي يحدد غرفة التجارة بباريس بدلا من غرفة التجارة الدوليـة لا يحـول دون تحقيق فاعلية هذا الاتفاق [1]. كما تقرر أن شرط التحكيم الذي يحدد اللجوء إلى غرفة التجارة الدولية بجنيف أو زيورخ هو شرط تحكيم صحيح ، يترجم بطريقـة كافية رغبة الأطراف في اللجوء إلى التحكيم و فقا لقواعد غرفة التجـارة الدوليـة بباريس على أن يدار مكان التحكيم في المدن التي ذكرها الأطراف .

و بالنسبة لشرط التحكيم الأبيض فهو على الرغم من أنه قد يقع باطلا و فقا لأحكام القانون الداخلي [2]. إلا أنه على الصعيد الدولي يكون شـرطا صـحيحا ، وتتحقـق الفاعلية لهذا الاتفاق في اعتباره خاصا أو حرا غير خاضع لأي مؤسسـة تحكيميـة وقد أعطت الاتفاقية الأوروبية عند وجود هذا الشرط الخيار للمدعي بين أن يلجأ إلى رئيس غرفة التجارة المختصة في بلد المدعي عليه ، أو إلى اللجنة المشار إليها في الاتفاقية . ذلك بقصد تعيين المحكمين و تحديد مكان التحكـيم ، وتسـتطيع غرفـة التجارة أو اللجنة الخاصة إحالة الأطراف إلى مؤسسة تحكيم دائمة أو جعل التحكيم حرا [3] .

وخلاصة القول في هذا الخصوص ، أن النظرية التقليدية تتجه في بعض الأنظمـة القانونية إلى القول بأنه إذا كان العقد الأصلي باطلا أو أبطل أو فسخ أو انفسخ لأي سبب ، فإن ذات الأثر ينصرف إلى شرط التحكيم باعتباره تابعا له و جـزءا منـه فينقضي العقد برمته بما في ذلك شرط التحكيم ، فالتحكيم وجد باتفاق وهذا الاتفـاق انتهى لأي سبب ، فالنتيجة الطبيعية والمنطقية لذلك هي انتهاء هـذا الشـرط تبعـا لانقضاء الأصل .

أما الاتجاه الحديث في التحكيم التجاري الدولي ، وخاصة الدولي منه ، فيميل إلـى استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي موضوع التحكيم ، خاصة إذا ورد الاتفاق

---

[1] Cour d'appelle de paris 24 Mars 1994 – Rev d'arb – 1994 . P515 , note Jarosson .

[2] المادة 1443 الفقرة 2 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي .

[3] المادة 4 الفقرة 6 من الاتفاقية الأوروبية المنعقدة في جنيف سنة 1961.

في صيغة شرط تحكيم ، و مفاد ذلك أن شرط التحكيم مستقل عن العقد ذاته ، بحيث إذا اعتبر العقد منتهيا لأي سبب غير التنفيذ بصورة طبيعيـة ، مثـل الـبطلان أو الفسخ، فإن شرط التحكيم يبقى قائما ما دام أن سبب الانتهاء لم يلحق الشـرط ذاتـه بمعزل عن العقد الوارد فيه الشرط . ومثال ذلك أن يبقى العقد على حق المتعاقد (أ) بفسخه إذا أخل المتعاقد الآخر (ب) بأحد أحكامه ، وذلك بإشعار يوجهه (أ) لـ (ب) بالحكم المؤدي إلى الفسخ و يلجأ (أ) إلى الفسخ فعلا ، في هذا المثال إذا تضمن العقد شرط تحكيم ، فإن العقد يعتبر مفسوخا ، في حـين يبقـى شـرط التحكـيم قائمـا و معمولا به لتسوية النزاع بين (أ) و (ب) .

و أساس هذا الاتجاه ينطلق من واقع عملي وهو أن سبب شرط التحكيم وهدفه في آن واحد هو تسوية النزاع عن طريق التحكيم بدلا من اللجوء إلى القضاء ، والنزاع تتم تسويته في جميع الأحوال ، ولا يضير هذه التسوية أن تتم عن طريق التحكيم ما دام أن هيئة التحكيم ستفصل به وفقا للقانون الواجب التطبيق ، والتي ستقضي به مثلهـا مثل القضاء الرسمي ، ببطلان العقد مثلا . مع تطبيق الآثار القانونية المترتبة على ذلك ، من تعويض أو إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل العقد ، أو غير ذلك حسـب الحال المعروضة و الظروف المحيطة بها . ويطبق هذا المبدأ حيث لا يلحق سـبب البطلان أو الفسخ اتفاق التحكيم ذاته ، فعلى سبيل المثال ، إذا أصاب البطلان اتفاق التحكيم أيضا ، فإن العقد برمته يكون باطلا بما في ذلك شرط التحكيم .

المبحث الثالث

الآثار غير المباشرة المتصلة بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي عن العقد الأصلي

(مبدأ الاختصاص بالاختصاص)

يعيش التحكيم التجاري الدولي ، أزهى عصور ازدهاره . إذ لم يعد مجـرد نظام استثنائي لمنافسته للعدالة التي تؤديها الدولة ، أو حتى نظام مصاحب وقـرين لها ، بل أصبح في الآونة الأخيرة نظاما بديلا عن قضاء الدولة[1] ، فعنـدما يتفـق الطرفان على حل نزاعهما بالتحكيم فإنهما يقصدان في الواقع إبعاد قضاء الدولة عن

---

[1] حفيظة السيد الحداد " الموجز في النظرية العامة ... " المرجع السابق ، ص 09 .

نظر النزاع ، فبمجرد طلب أحد أطراف النزاع عدم النظر في النـزاع مـن قبـل المحكمة و إنما اللجوء إلى التحكيم بناء على الاتفاق الموجود بينه وبـين الطـرف الآخر ، تمتنع المحكمة من النظر في النزاع . والتمسك بالتحكيم يعتبر دفعا شـكليا فعلى الطرف الذي يطلب إحالة النزاع على التحكيم أن يطلب ذلك أمام المحكمة قبل الدخول في أساس الدعوى ، وهكذا تمتنع المحكمة من النظر في النزاع [1] . هذا يبين وجود تداخل بين التحكيم وقضاء الدولة ، مما يجعلنا نتساءل عن مدى هذا التداخل؟ و عن الأحوال التي يمكن فيها لقضاء الدولة أن يتدخل في التحكيم ؟ .

واستكمالا لتحقيق الفاعلية الكاملة لاتفاق التحكيم الدولي ، تظهر مرحلة هامة من عمر هذا الاتفاق ، يحتاج فيها إلى تحقيق القوة الملزمة له ، وذلـك مـن اجـل انعقاد الاختصاص بنظر النزاع لقضاء التحكـيم واسـتبعاد قضـاء الدولـة مـن الاختصاص به . هذه المرحلة هي مرحلة إجراءات التحكيم ، والتي يحقق فيها مبدأ الاختصاص بالاختصاص هذه القوة الملزمة ، وهذه الفاعلية لا يمكن أن تتحقق فـي هذه المرحلة لمجرد أن يتم عرض النزاع على قضاء التحكيم (وهو ما يطلق عليـه الأثر الإيجابي للاتفاق)، وإنما يجب فوق ذلك و في نفس الوقت أن يمتنـع قضـاء الدولة عن الاختصاص به (وهو ما يطلق عليه الأثر السـلبي للاتفـاق) ، فبـدون تحقيق هذين الأثرين للاتفاق – الإيجابي والسلبي معا – فإننا نكون أمام فاعلية غير مكتملة يمكن أن تؤدي إلى نتائج ضارة في تسوية منازعات عقود التجارة الدولية [2].

إذا كان الأثر المترتب على اتفاق التحكيم الدولي هـو أن يخـتص قضـاء التحكيم وحده بنظر النزاع الناشئ عن عقود التجارة الدولية (النزاع الموضـوعي) فإن ثمة نزاعا من نوع آخر قد يثور بين الأطراف حول مدى اختصـاص قضـاء التحكيم بنظر هذا النزاع ، إذ قد يدفع أحد الأطراف بأن قضاء الدولة هو المخـتص

[1] فوزي محمد سامي ، المرجع السابق ، ص 287.

[2] أحمد مخلوف ، المرجع السابق ، ص 143.

بسبب بطلان اتفاق التحكيم أو انعدامه ، بينما يدفع الطرف الآخر بعكس ذلـك [1] .
فما هو القضاء الذي يتعين عليه إذن حسم هذه المسألة ؟ هل هو قضاء التحكـيم أم قضاء الدولة ؟
و على أي أساس يكون اختصاص أي منهما ؟ و ما هي آثار هذا المبدأ ؟
للإجابة عن هذه التساؤلات ارتأيت أن أقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب ، أتنـاول في أولها اختصاص قضاء التحكيم بنظر النزاع ، و المطلب الثاني خصصته لعـدم اختصاص قضاء الدولة بنظر النزاع الموضوعي ، أما المطلب الثالث فتناولت فيـه تنازع الاختصاص بين قضاء الدولة و قضاء التحكيم .

المطلب الأول
اختصاص قضاء التحكيم بنظر النزاع

إن مبدأ الاختصاص بالاختصاص هو الذي يعطي لقضاء التحكيم وحده مسألة البت في اختصاصه ، وهو من أهم المبادئ الأساسية التي يقـوم عليهـا التحكـيم التجاري الدولي ، وهو الذي يحتـل الآن أهميـة كبيـرة فـي قـوانين التحكـيم ، والاتفاقيات الدولية فضلا عن قواعد و مؤسسات التحكيم [2] . ووفقا لهذا المبدأ ، فإن قضاء التحكيم يتقرر له الاختصاص بصرف النظر عن حكم اتفاق التحكيم ، فسواء ورد الاتفاق صحيحا أم باطلا أم منعدما ، فإن قضاء التحكيم هو الذي ينعقد له دائما و في جميع الأحوال تقرير مسألة اختصاصه [3] .
ومتى تحقق لقضاء التحكيم هذا الاختصاص ، فإن المحكم يستطيع بعد ذلك أن يبحث وبحرية كاملة في حقيقة اختصاصه ، فإذا تبين له صحة اتفاق التحكيم ، فإنه يعلـن اختصاصه بنظر النزاع الموضوعي ، و إن تبين له عكس ذلك ، فإنه يقضي بعـدم الاختصاص . فهناك إذن اختصاص أصيل يكتسيه المحكم فـي جميـع الأحـوال ، بصرف النظر عن حكم الاتفاق ، وهو الاختصاص من أجل البت في اختصاصـه ،

---

[1] أحمد مخلوف ، المرجع السابق ، ص 145 .
[2] أحمد مخلوف ، نفس المرجع ، ص 145.
[3] Ph. Fouchard et E. Gaillard et B. Goldman , op.cit , N°146 .

ثم هناك بعد الاختصاص الموضوعي الذي يتعلق بالفصل في النزاع الناشـئ عـن العقد، وهذا لا يكتسبه الحكم إلا بناء على اتفاق التحكيم الصحيح.
ولنغوص أكثر في هذه الفكرة ، قسمت هذا المطلب إلى فرعين ، في أولهما تطرقت إلى أساس مبدأ الاختصاص بالاختصاص ، وفي ثانيهما تناولت آثار هذا المبدأ.

الفرع الأول
أساس مبدأ الاختصاص بالاختصاص

يرى بعض الفقه [1] أن أساس اختصاص المحكم بتقرير اختصاصـه ، هـو مبـدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي ، الذي يعد مبدأ الاختصاص بالاختصـاص نتيجة مباشرة له ، أو أثرا من آثاره .
والحقيقة أن هذا المبدأ هو مبدأ مستقل في ذاته ، ففي حين يجد مبدأ الاستقلال عـن العقد الأصلي مجاله عند تقدير صحة اتفاق التحكيم الدولي ، فإن مبدأ الاختصـاص بالاختصاص يجد مجاله عند البدء في إجراءات التحكيم وقبل تقـدير صـحة هـذا الاتفاق ، وبمعنى آخر فإن مبدأ الاستقلال يأتي في مرحلة لاحقة يكون فيهـا مبـدأ الاختصاص بالاختصاص قد تقرر ، الأمر الذي ينتفي معه أن يكون هذا المبدأ هـو أثر من آثار مبدأ الاستقلال . حيث في مبدأ الاختصاص بالاختصاص حرية كبيـرة للمحكم لتقدير صحة اتفاق التحكيم الدولي ، و له في سبيل ذلك أن يستند إلى إعمال مبدأ استقلال الاتفاق عن العقد الأصلي ، إذا تبين له أن الاتفاق سوف يتأثر ببطلان هذا العقد ، أو بحكم القانون الواجب التطبيق عليه ، أو بأي قانون وطني آخر ، وقد لا يحتاج المحكم إلى إعمال هذا المبدأ إذا تبين له أن صحة الاتفاق لن تتأثر بحكـم العقد أو بالقانون واجب التطبيق عليه ، وفي الحالتين فإن المحكم لا يستطيع ذلك إلا بعد تقدير مبدأ الاختصاص[2].

---

[1] J. Robert « L'Arbitrage droit interne , droit international privé , avec la collaboration de B.Morceau D.6ème éd . 1993, P.138 .

[2] أحمد مخلوف ، المرجع السابق ، ص 147.

ولما كان بعض الفقه ينفي مبدأ الاستقلال في حالة انعدام العقد الأصـلي [1] ، فـإن مؤدى ذلك ألا يتقرر مبدأ الاختصاص بالاختصاص في هذه الحالة ، ولكن الواقـع يؤكد على أن المحكم يفصل في مسألة اختصاصه عند الادعاء بانعدام العقد أو حتى الاتفاق نفسه، وذلك لتقدير صحة هذا الادعاء[2].

إن مبدأ الاستقلال يتعلق بمسألة موضوعية تهدف إلى تمييز اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي أما مبدأ الاختصاص بالاختصاص فيتعلق بمسألة إجرائية تهدف إلى مـنح المحكم سلطة تقرير اختصاصه ، خاصة في الحالة التي يثور فيها الشك حول صحة اتفاق التحكيم و يبدو فيها أن بطلانه نابع من ذاته لا من العقد الوارد به .

وهكذا يتقرر مبدأ الاختصاص بالاختصاص ، بصرف النظر عن استقلال الاتفـاق من عدمه ، الأمر الذي يؤكد على أنه مبدأ مستقل في ذاته ينظمه قـانون التحكـيم التجاري كقاعدة أساسية من قواعد إجراءات التحكيم . فلو أخذنا بقواعد التحكيم التي أقرتها لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية عام 1976 ، لسوف نجد أن المـادة 2/21 تقرر بوضوح أن هيئة التحكيم هي صاحبة الاختصاص بالفصل في الـدفوع الخاصة بعدم اختصاصها ، و يدخل في ذلك الدفوع المتعلقة بوجود شرط التحكيم ، أو الاتفاق المنفصل على التحكيم ، أو بصحة هذا الشرط ، أو هذا الاتفاق . كـذلك ينص القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي في المادة 16 على أن هيئة التحكيم هي التي تبث في اختصاصها بما في ذلك البت في أي اعتراضات تتعلـق بوجـود اتفاق التحكيم أو بصحته[3].

---

[1] أحمد مخلوف ، نفس المرجع ، بند 133 ، ص 147 .

[2] وهذا ما اتجه إليه الأستاذ Loquin بقوله :

« Bien entendu , l'inexistence de la convention de l'arbitrage ou de la convention principale ne prive pas l'arbitre de son pouvoir d'apprécier s'il est compétent . Il lui appartient de vérifier le bien fondé de l'allégation » . E.Loquin , note sous cass. 10 juillet 1990 .JDI.1992 , p 168 Spéc 173

[3] أحمد مخلوف ، المرجع السابق ، ص 148 .

الفرع الثاني
آثار مبدأ الاختصاص بالاختصاص

هذا و يرتب مبدأ الاختصاص بالاختصاص أثرين هامين أحدهما إيجابي والآخر سلبي[1] . أما الأول ، فهو أن يختص قضاء التحكيم وحده بالبت في مسألة اختصاصه ، فهو لا ينتظر أن يمنحه قضاء الدولة هذا الاختصاص ، لأنه يتقرر له بصفة تلقائية ، كقاعدة إجرائية أساسية .

و لا يخرج موقف قضاء التحكيم عند بحث مسألة اختصاصه عن أحد فرضين ، فهو إما أن يقرر اختصاصه بنظر النزاع أو يعلن عدم اختصاصه ، فإذا قرر اختصاصه ، فذلك معناه أنه قد أقر بصحة الاتفاق ، وفي هذه الحالة فهو يمضي قدما لبحث النزاع الموضوعي بعد أن حسم نزاع الاختصاص [2] .

ويستطيع المحكم أن يعلن قراره بالاختصاص في حكم تمهيدي أو يؤجله إلى صدور الحكم النهائي في النزاع الموضوعي . وقد تفرض بعض التشريعات أن يفصل المحكم في اختصاصه في حكم تمهيدي كمسألة أولية يجب حسمها في وقت مبكر قبل صدور الحكم النهائي [3].

وقد يجد قضاء التحكيم أن اتفاق التحكيم غير صحيح في ذاته ، فيضطر إلى إعلان عدم اختصاصه بالفصل في النزاع ، فهل يجوز للأطراف الطعن في هذا القرار؟

---

[1] PH.Fouchard , E.Gaillard , B.Goldman opcit , P.415 N° 660

[2] P.Mayer « L'Autonomie … » In Rec, cours La Haye V, op.cit , 1987 , P.349 dont il cite : « L'arbitrage examinera lui-même l'exception d'incompétence et s'il la trouve infondée poursuivera sur le fond » Rec .cours la Haye .1987 , P.349 n° 52 .

[3] أما بعض التشريعات فتعطي الخيرة للمحكم ، وهو ما قرره القانون النموذجي حينما نص في المادة 3/16 على أن لهيئة التحكيم أن تفصل في مسألة اختصاصها كمسألة أولية أو في قرار التحكيم الموضوعي . و أوضح القانون النموذجي أنه إذا قررت هيئة التحكيم حسم هذه المسألة في قرار تمهيدي و أعلنت اختصاصها ، فإنه يجوز لأي من الطرفين خلال 30 يوم من إعلانه بهذا القرار أن يطعن فيه أمام المحكمة المختصة ، وحتى يفصل في هذا الطعن ، فإن هيئة التحكيم لها أن تستمر في الإجراءات و أن تصدر حكم التحكيم .

الواقع أن هناك بعض التشريعات قد أجازت صراحة الطعن في قرار هيئة التحكيم إذا أعلنت اختصاصها أو عدم اختصاصها بطريق الخطأ [1]. و الأستاذ أحمد مخلوف يؤيد هذا الحكم الذي يعطي للأطراف حق الطعن في القرار الصادر بعدم الاختصاص مثله مثل القرار الصادر بالاختصاص . وفي هذه الحالة ، إذا أيد قضاء الدولة عدم الاختصاص [2] ، فلا مفر أمام الأطراف من إبرام اتفاق تحكيم جديد (صحيح) ، أما إذا حكم قضاء الدولة بصحة الاتفاق ، فهنا يتعين على قضاء التحكيم أن يفصل مباشرة في موضوع النزاع ، فإذا رفض المحكم ذلك ، فقد ذهب بعض الفقه إلى انه يعتبر منكرا للعدالة و يجب أن يتولى محكم آخر بدلا منه مهمة الفصل في النزاع [3].

أما الأثر السلبي لمبدأ الاختصاص بالاختصاص ، فهو يفرض على قضاء الدولة أن يمتنع عن تقرير اختصاصه بالبت في شأن اتفاق التحكيم قبل أن يقرر قضاء التحكيم هذه المسألة ؛ أي أنه ما دام قضاء التحكيم لم يبت فيها بعد ، فإن قضاء الدولة يلتزم بألا يتصدى لها ، و على ذلك إذا سارع أحد الأطراف إلى قضاء الدولة لعرض النزاع اعتمادا منه على بطلان الاتفاق قبل أن يتمكن قضاء التحكيم من تقرير اختصاصه ، فإن ذلك لا يحول دون تطبيق الأخير لقاعدة الاختصاص بالاختصاص. وهذا يعني أنه إذا كانت هيئة التحكيم لم يتم تشكيلها بعد ، فإن ذلك لا يؤثر على موقف قضاء الدولة في الإعلان عن عدم اختصاصه [4] . و بالتالي فهي ليست قاعدة أسبقية يتمسك بها القضاء الذي يتصل به النزاع أولا ، وإنما هي قاعدة أساسية مقررة لقضاء التحكيم دائما ، لا يجوز لغيره أن يتمسك بها ، وقد أكدت الاتفاقية الأوروبية هذا المعنى حينما نصت المادة 3/6 على إلزام محاكم الدول المتعاقدة

---

[1] من هذه التشريعات القانون البلجيكي (المادة 169 /3) ، القانون الإنجليزي (المادة 67) مشروع القانون السويدي (المادة 2/37) ، القانون السويسري (المادة 2/190) ، أنظر أحمد مخلوف ، المرجع السابق ، ص 150.

[2] أحمد مخلوف ، المرجع السابق ، ص 151.

[3] P . Mayer opcit p,368 n° 38

[4] يفرق القانون الفرنسي بين حالة أن يتصل النزاع بهيئة التحكيم فيمتنع على قضاء الدولة أن يقرر اختصاصه حتى ولو كان الاتفاق في ظاهره البطلان (المادة 1/1458) وبين حالة عدم طرح النزاع بعد على هيئة التحكيم ، فيكون امتناع قضاء الدولة عن عدم اختصاصه مرهونا بألا يكون الاتفاق في ظاهره البطلان (المادة 2/1458)، أنظر أحمد مخلوف المرجع السابق ص 152 .

بوقف الفصل في الدفع بعدم اختصاص هيئة التحكيم حتى تصدر الأخيرة قرارها في هذا الشأن .

ومع ذلك يلاحظ أن قانون التحكيم الإنجليزي قد قيد إعمال مبدأ الاختصاص بعـدم وجود اتفاق بين الأطراف على خلاف ذلك [1] ، وهو ما يعني أنه إذا اتفق الأطراف على أن يختص القضاء الإنجليزي بحسم هذه المسألة ، فإن الأثر السلبي لهذا المبدأ يتوقف إعماله ، ويتدخل القضاء الإنجليزي لبحث مسألة اختصاص قضاء التحكـيم باختصاصه. ويعيب النص الإنجليزي أنه يعلق مبدأ الاختصاص بالاختصاص على إرادة الأطراف، في حين أنها مسألة إجرائية تنظيمية ، يجب أن يحسـمها قضـاء التحكيم بنفسه وفقا للمفهوم الأصلي لهذا المبدأ [2] . ويكفي أن يتقرر للأطراف فيمـا بعد الطعن على قرار هيئة التحكيم إذا أعلنت اختصاصها بطريق الخطأ ، وهو مـا أكده قانون التحكيم الإنجليزي نفسه في المادتين 2/30 و 1/67 . ويبـدو أن قـوانين التحكيم السابقة 1950، 1975 و 1979 و التي كانت تعطي للمحاكم الإنجليزية تقـدير صحة اتفاق التحكيم الدولي و حسم مسألة اختصاص قضاء التحكيم قد ألقت بظلالها عند صياغة هذا النص أتت بجديد هو اشتراط اتفاق الطرفين معا (المـادة 2/32/أ) أو أحدهما مع هيئة التحكيم (2/32/ب) بعد أن كان يكفي فـي القـوانين السـابقة أن يطلب ذلك أحد الأطراف بمفرده حتى يستطيع قضاء الدولة أن يتدخل لحسم مسـألة الاختصاص.

وهكذا يمنح اتفاق التحكيم الدولي كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجـارة الدوليـة المحكم سلطة البت في تقرير مسألة اختصاصه فيعلن إذا كان هذا الاتفاق صـحيحا أو باطلا ، وهو ما يحقق للمتعاملين في التجارة الدولية الأمان القانوني عند تسـوية النزاع بجعل كل ما يثور حول صحة الاتفاق من اختصاص قضاء التحكيم وحده [3] .

---

[1] المادة 1/30 من القانون الإنجليزي ، أنظر أحمد مخلوف ، المرجع السابق ، ص 152 .

[2] مبدأ الاختصاص بالاختصاص هو مبدأ ألماني في الأصل يقصد به أن قضاء التحكيم هو الذي يحسم بصفة نهائية مسألة اختصاصه عند التنازع بين قضاء الدولة و قضاء التحكيم

[3] أحمد مخلوف ، المرجع السابق ، ص 153

المطلب الثاني
عدم اختصاص قضاء الدولة بنظر النزاع الموضوعي

إذا كان الأثر السلبي لمبدأ الاختصاص بالاختصاص يلزم قضاء الدولة بـ ألا يتدخل في تقرير مسألة قضاء التحكيم باختصاصه ، فإن هناك أثرا آخر يرتبه اتفاق التحكيم الدولي نفسه وهو : امتناع قضاء الدولة عن الفصل في النزاع الموضوعي .
وعلى ذلك ، فالنزاع الذي يطرح على قضاء الدولة لا يخلو من أحد فرضين :
الأول أن يتعلق النزاع بشأن اتفاق التحكيم الدولي نفسه ، وهنا يتعين على قضاء الدولة أن يمتنع عن بحث صحة الاتفاق ، تاركا ذلك الأمر لقضاء التحكيم وفقا لمبدأ الاختصاص بالاختصاص .
و الفرض **الثاني** : أن يتعلق النزاع بالعقد الوارد بشأنه اتفاق التحكيم ؛ أي النزاع الموضوعي ، وهنا يتعين على قضاء الدولة أن يمتنع عن الاختصاص بنظر هذا النزاع أيضا ، وفقا للأثر السلبي الملزم لاتفاق التحكيم الدولي .
وقد سبق و أن تناولنا الفرض الأول لذا نتناول الفرض الثاني كالتالي :

الفرع الأول
أساس عدم اختصاص قضاء الدولة بنظر النزاع الموضوعي

يعد بروتوكول جنيف الصادر عام 1923 أول نص على عدم اختصاص قضاء الدولة بنظر النزاع الناشئ عن عقد وارد بشأنه شرط تحكيم أو مشارطة (المادة 4)، ثم جاءت اتفاقية نيويورك لتقرر نفس الحكم في المادة (3/2) ، حيث ألزمت محاكم الدول المتعاقدة التي يطرح نزاع أمامها حول موضوع أبرم بشأنه اتفاق تحكيم بـ أن تحيل الخصوم بناء على طلب أحدهم إلى التحكيم ، كذلك قررت الاتفاقية الأوروبية هذا الحكم (المادة 3/6) كما نص عليه القانون النموذجي (المادة 1/8) ،

وأغلب التشريعات المقارنة [1] . وكان القضاء الإنجليزي قبـل انضـمام إنجلتـرا لاتفاقية نيويورك عام 1975، يتمتع بسلطة تقديرية بالنسبة لعدم اختصاصـه بنظـر النزاع الوارد بشأنه اتفاق التحكيم، إذا كان يستطيع إذا توافرت له أسباب قويـة أن يحكم باختصاصه بنظر النزاع ، وعدم الالتفات إلى اتفاق التحكـيم . ونسـتطيع أن نلتمس ذلك على سبيل المثال في دعوى فهرمان (Fehrman) ، وهي شركة إنجليزية كانت قد تعاقدت على شحن بضاعة لها من ميناء بحري سوفييتي إلى إحدى الموانئ الإنجليزية ، وبسبب تلف أصاب البضاعة أثناء الرحلة البحريـة قامـت الشـركة المذكورة باللجوء إلى القضاء الإنجليزي ، الذي أعلن اختصاصه بنظر النزاع رغم أن سند شحن البضاعة كان يتضمن شرط تحكيم غرفة التجـارة الدوليـة بالاتحـاد السوفييتي . وكان من بين ما استند إليه القضاء الإنجليزي في اختصاصـه بنظـر النزاع ، الجنسية الإنجليزية للطرف المدعي ، واكتشاف حدوث الضرر في إنجلترا، وتوافر أدلة الإثبات بها [2] . وقد جاء قانون التحكيم الإنجليـزي الجديـد ليحـدث تطورات هائلة في نظام التحكيم بإنجلترا لم يكن له بها عهد من قبل ، ومـن أبـرز هذه التطورات في هذا المجال هو عدم اختصاص المحاكم الإنجليزية بنظر النـزاع الوارد بشأنه التحكيم (المادة 1/9) ، حتى ولو كان هذا النزاع لم يخضع بعـد إلـى التحكيم (المادة 2/9) ، كما أن المحاكم الإنجليزية لم تعد تسـتطيع أن تتـدخل فـي إجراءات التحكيم إلا بموجب نص قانوني يقضي بذلك (المادة2/1) بعـد أن كانـت تستطيع في ظل القوانين السابقة أن تتدخل في إجراءات التحكيم من تلقاء نفسها [3] .
وهكذا فقد أصبح واجبا على قضاء الدولة ، عندما يطرح أمامه نـزاع وارد بشـأنه اتفاق التحكيم ، أن يعلن عدم اختصاصه بنظر هذا النزاع ، بل ويحيـل الأطـراف المتنازعة إلى التحكيم .

---

[1] القانون الجزائري (المادة 458 مكرر) ، القانون السويسري (المادة 7) ، القانون الهولندي (المادة 1022) ، القانون الاسباني (المادة11) ، القانون البلجيكي (المادة 1679) ، القانون الانجليزي (المادة 1/9) ، القانون الألماني (المادة 1027)، القانون التونسي (المادة 52) القانون البحريني (المادة 1/18).

[2] The Fehrman , 1957.IWL.R816.

هذا المرجع مشار إليه في أحمد مخلوف ، المرجع السابق ، ص 155

[3] Lord Mustill op. cit , p.29

غير أن الملاحظ أن اتفاقية نيويورك وبعض التشريعات المقارنة تشترط حتى يعلن قضاء الدولة عدم اختصاصه بنظر النزاع أن يكون اتفاق التحكيم قد ورد فـي الأصل صحيحا ، وأن يتمسك به أحد الأطراف [1].

ويلاحظ على هذين الشرطين أنه وفقا لمبدأ الاختصاص بالاختصاص ، يمتنع على قضاء الدولة أن يقرر شيئا يخص اتفاق التحكيم ، حتى ولو كان في ظاهره البطلان؛ ومن ثم يجب إعلان عدم اختصاصه عند تمسك أحد الأطراف ببطلان الاتفاق . وقد يعترض على ذلك ، بأنه لا فائدة من طرح النزاع على التحكيم وقد تبين للمحكمـة بطلان الاتفاق ، مما يضيع معه الوقت في إحالة النزاع إلى التحكيم ثم عودته مـرة أخرى إلى قضاء الدولة .

ورغم وجاهة هذا الانتقاد إلا أنه لا يتعرض لصلب الموضوع ، فالهدف المقصـود من امتناع قضاء الدولة هو عدم التعدي على اختصاص قضاء التحكيم ، الـذي لـه وحده تقرير مسألة اختصاصه [2] . وليس في إعمال ذلك إهدار للوقت ، إذ يسـتطيع قضاء التحكيم إذا تبين له أن الفصل في النزاع الموضوعي سوف يسـتغرق وقتـا طويلا أن يحسم مسألة اختصاصه في حكم تمهيدي .

ويكفي أن يدعي أحد الأطراف بطلان اتفاق التحكيم أمام قضاء الدولة حتى يتحلـل من التزامه باللجوء إلى التحكيم ، لا سيما إذا كانت الدولة التي ينظر قضاؤها هـذا النزاع تتخذ من التحكيم التجاري الدولي موقفا عدائيا ، إذ سوف يتم تفسير الاتفـاق على نحو يؤدي إلى بطلانه ، بينما يختلف الأمر إذا أعلن القضاء عدم اختصاصه ، وأحال الأطراف إلى التحكيم ، حيث لن يكون لهذا الإدعاء من أثر علـى مواصـلة هيئة التحكيم لاختصاصها بنظر النزاع [3] .

---

[1] وتنص المادة 3/2 من اتفاقية نيويورك " على محكمة الدولة المتعاقدة التي يطرح أمامها نزاع حول موضوع محل اتفاق الأطراف أن تحيل الخصوم بناء على طلب أحدهم إلى التحكيم وذلك ما لم يتبين للمحكمة أن هذا الاتفاق باطل أو لا أثر له أو غير قابل للتطبيق " .

[2] Cour de cass vienne , N°3057 .1993 cité dans : Dimoltsa « Autonomie et kompétaenz- Kompétaenz in Rev.arb 1998 N°65, P.23 .

[3] تنص المادة 2/6 من قواعد غرفة التجارة الدولية بباريس 1998 أنه " إذا أثار أحد الأطراف دفعا أو أكثر يتعلق بوجود اتفاق التحكيم وصحته أو مجاله ، كان لمحكمة الغرفة بعد التحقق لأول وهلة من وجود ذلك الاتفاق أن تقرر انعقاد التحكيم ، وذلك دون المساس بقبول هذه الدفوع أو سلامتها ، ولهيئة التحكيم في هذه الحالة اتخاذ كل قرار يتعلق=

إن القانون النموذجي للتحكيم ، وقد أعطى لقضاء الدولة ، الحق فـي عـدم إحالة الأطراف إلى التحكيم ، إذا تبين له أن الاتفاق كان بـاطلا ، أو لا غيـا ، أو عديم الأثر ، أو لا يمكن تنفيذه (م1/8) قد عاد و أكد أن ذلك لا يمنـع مـن البـدء أو الاستمرار في إجراءات التحكيم (م 2/8) ، مما يؤكد على عـدم سـلب قضـاء التحكيم لولايته في تقرير مسألة اختصاصه [1] . و إن الرقابة اللاحقة التي يمارسـها قضاء الدولة سواء عند تنفيذ حكم التحكيم ، أو عند الطعن فيه بالاستئناف ، أو عند رفع دعوى لبطلانه ، تتطلب منه أن يعلن عدم اختصاصه بنظر النزاع ، وذلـك أن هذه الرقابة هي التي تحقق الوقوف الحقيقي على صحة اتفاق التحكيم الدولي ، إذ أنه بصدور حكم التحكيم يكون المحكم قد بحث مسألة صحة الاتفـاق ، وأخـذ الوقـت الكافي للاستماع إلى ادعاءات الخصوم وحسم هذه المسألة [2] ، مما يكون قراره فـي هذا الشأن تبصرة للقضاة حول النقاط التي يمكن أن يستعين بها في تقديره لصـحة الاتفاق و التي قد يؤثر غيابها بادئ الأمر في تقديره لحكم عكسي ، فضلا عـن أن ذلك يساعده في سرعة الفصل في هذه المسألة [3] .

ومتى انتهينا إلى التكييف الصحيح حيال وجود اتفاق التحكيم الدولي بإعلان القضاء عدم اختصاصه ، فإن ذلك هو الذي يحقق القوة الملزمة لهذا الاتفاق ، حيث يصـبح القاضي ملتزما بأن يتدخل من تلقاء نفسه لإعمال أثر الاتفاق دون انتظار أن يـدفع بذلك أحد الخصوم ، وهو ما يغلق الباب تماما للتحال من اتفاقات التحكيم و إهـدار قيمتها ، وإذا كان القاضي يستطيع إذا اتفق الخصوم على التقاضي أمام محكمة غير

=باختصاصها ..." وفي نفس المعنى المادة 2/15 من قواعد جمعية التحكيم الأمريكية ، والمادة 3/14 من قواعد محكمة لندن للتحكيم .

[1] أحمد مخلوف ، المرجع السابق ، ص 158.

[2] مثال : إدعاء أحد الأطراف ببطلان اتفاق التحكيم لأنه جاء نتيجة لغلط أو إكراه أو تدليس ، فإن المحكم لا يأخذ هذا الإدعاء أمرا مسلما، بل يتحقق في عدة عوامل تخرج عن نصوص الاتفاق مثل الظروف التي تم فيها التعاقد ، وطبيعة العقد المحرر بين الأطراف ، ومدى التزام كل منهم باتخاذ شرط التحكيم في عقوده السابقة بالتجارة الدولية ، وهي كلها عوامل تساعد قضاء الدولة أن يأخذها في الاعتبار و يصدر حكمه في وقت سريع عند الطعن في حكم التحكيم لبطلان الاتفاق . أنظر حكم التحكيم الصادر من غرفة التجارة الدولية بباريس في الدعوى رقم 4381 لسنة 1986 ، منشور في (JDI) لعام 1986 ، ص 2.11.

[3] P.Mayer op.cit , no.20 .

المرفوعة إليها الدعوى أن يحيلها إلى المحكمة التي اتفقوا عليها ، فذلك أهم منه في حالة الاتفاق على التحكيم ، لأن الأخير هو القضاء الطبيعـي لمنازعـات التجـارة الدولية [1].

الفرع الثاني

الحالات التي تبرر تدخل قضاء الدولة دون اختصاصه بحكم النزاع

عندما يتفق الطرفان على حل نزاعهما بالتحكيم فإنهما يقصدان فـي الواقـع إبعاد قضاء الدولة عن نظر النزاع ، ففي حالة إذا طلب أحد الطرفين عدم النظـر في النزاع من قبل المحكمة فيكون اللجوء إلى التحكيم . وفي هـذه الحالـة علـى المحكمة أن تقرر عدم اختصاصها في نظر النزاع ، و التمسك بالتحكيم يعتبر دفعـا شكليا فعلى الطرف الذي طلب إحالة النزاع إلى التحكيم بناء على الاتفاق الموجـود بينه وبين الطرف الآخر أن يطلب ذلك أمام المحكمة قبل الدخول في أساس الدعوى و هكذا تمتنع المحكمة من النظر في النزاع ، ولكن قد تحدث بعض الأمور أثنـاء إجراءات التحكيم تستدعي تدخل القاضي ، وسنتناول هذه الاستثناءات على النحـو التالي :

أولا: تعييـن المحكـم

عندما لا يتفق أحد الأطراف على تعيين المحكم الذي اقترحه الطرف الآخـر في حالة المحكم الوحيد أو إذا امتنع أحد الأطراف عن تعيين المحكم في حالة الاتفاق على أن يكون عدد المحكمين ثلاثة ، إذ يعين كل واحد من الأطراف محكما ، أمـا الثالث فيتم تعيينه من قبل المحكمين المعينين من قبل الأطراف ، أو عند عدم تمكن المحكمين الاثنين من تعيين المحكم الثالث ، ففي هذه الحالات إذا لم يكن الطرفان قد حددا في اتفاق التحكيم شخصا أو جهة كسلطة تعيين تقوم بتعيين المحكم عند عـدم اتفاقهما . عندئذ لأحد أطراف النزاع الطلب من المحكمة تعيين المحكم ، وهذا مـا

---

[1] أحمد مخلوف ، المرجع السابق ، ص 161 .

تنص عليه القوانين الوطنية ، مثال: ما جاء في القانون الجزائري المادة 458 مكرر 2 الفقرة 2 ، و التي تحدثت عن صعوبة تعيين أو تغيير المحكمين [1] ، وهذا التغيير يمكن أن يكون طبعا في حالة موت أحد المحكمين أو في حالة وجود عائق يعوقـه عن القيام بمهمته كالمرض الخطير أو بسبب قانوني كسقوط حقوقه المدنية عنه [2] ، وما جاء في المادة (1/206) من قانون المرافعات المدنية العراقية [3].

ولكن في حكم أصدرته محكمة بداءة الكرخ في العراق بتاريخ 1988/06/11 ، عينت بموجبه أحد المحكمين عن أحد أطراف النزاع ، ولكنها أيضا ذهبـت إلـى تعيـين المحكم الثالث رغم أن شرط التحكيم كان ينص على قيام محكمـة التحكـيم لغرفـة التجارة الدولية بتعيين المحكم الثالث في حالة عدم اتفاق حكمي الطرفين على تعيينه خلال 14 يوما . وقد بررت المحكمة قرارها بقولها " و لما كان تعيين المحكم الثالث من قبل محكمة التحكيم لغرفة التجارة الدولية في باريس فيه تجاهل للسلطة القضائية في العراق رغم أن العقد عقد في العراق ونفذ فيه ، ولما كـان القـانون الواجـب التطبيق هو قانون المرافعات المدنية العراقي ، ولما كانت المادة 256 مـن القـانون المذكور[4] قد أعطت الحق للمحكمة في اختيار المحكم الثالث الذي لا يتفـق عليـه الطرفان كما هو الحال في اختيار المحكم الثاني الذي طلب وكلاء المدعيـة تعيينـه نيابة عن المدعي عليها ، ولما كانت قواعد قانون المرافعات بهذا الخصـوص مـن النظام العام ، وأن كل اتفاق على مخالفتها يعتبر باطلا [5] ، وعليه و بناء على طلب طالبة التحكيم و الطلب المتقابل من المطلوب التحكيم ضدها (رب العمل) و تعيـين

---

[1] و تنص المادة 458 مكرر 2 فقرة 2 من المرسوم التشريعي رقم 93-09 المؤرخ في 03 ذي القعدة عام 1413الموافق لـ 25 أفريل 1993 ، المعدل والمتمم للأمر رقم 66-54 المؤرخ في 08 يونيو و المتضمن قانون الإجراءات المدنية الجزائري على أنه " في غياب مثل هذا التعيين و في حالة صعوبة تعيين المحكمين و عزلهم أو استبدالهم يجوز للطرف المعني بالتعجيل أو يقوم بما يأتي :

أ- رفع الأمر أمام رئيس المحكمة المختصة ، طبقا للمادة 458 مكرر 3 ، إذا كان التحكيم يجري في الجزائر .

ب- رفع الأمر أمام رئيس محكمة الجزائر ، إذا كان التحكيم يجري في الخارج ، وقرر الأطراف بصدد تطبيق قانون الإجراءات الجزائري .

[2] Nour-eddine Terki opcit , p. 85

[3] فوزي محمد سامي ، المرجع السابق ، ص 288 .

[4] فوزي محمد سامي ، نفس المرجع ، ص 288

[5] أحمد أبو الوفا " التحكيم بالقضاء و الصلح " ، المرجع السابق ، ص 80 .

د.ر.ج رئيسا لهيئة التحكيم و صدر القرار وفقا للمادة 1/256 من قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969 قرارا قطعيا غير قابل لأي طعن وفقا للفقرة 2 من المادة 256 من قانون المرافعات المدنية العراقي. وهكذا الحكم يدعو إلى التأمل حيث أن المحكمة قد تجاهلت إرادة الطرفين اللذين اتفقا على كيفية تعيين المحكم الثالث .

وحسب رأي الدكتور فوزي محمد سامي كان على المحكمة أن لا تذهب إلى تعيين المحكم الثالث للأسباب الأتية :

1- المحكمة استندت في حكمها المذكور إلى الفقرة الأولى من المادة 256 من قانون المرافعات العراقي ، وهذه الفقرة تنص على ما يلي " إذا وقع النزاع ولم يكن الخصوم قد اتفقوا على تسمية المحكمين أو امتنع واحد أو اكثر من المحكمين المتفق عليهم عن العمل ، أو اعتزل أو عزل عنه ، أو قام مانع منعه من مباشرته و لم يكن هناك اتفاق بهذا الشأن بين الخصوم فلأي منهم مراجعة المحكمة المختصة بنظر النزاع بعريضة لتعيين المحكم أو المحكمين بعد تبليغ باقي الخصوم و سماع أقوالهم " ، هذه الفقرة تبين متى يلجأ أحد الأطراف إلى المحكمة لتعيين المحكم أو المحكمين و لكنها تنص على أن اللجوء إلى المحكمة لا يكون إلا إذا لم يوجد اتفاق حول معالجة الموضوع ، وذلك بقولها " ولم يكن هناك اتفاق في هذا الشأن " ، وهذا يتفق مع أساس التحكيم وهو إرادة الطرفين ، فإذا كان الطرفان قد اتفقا على معالجة الأمر فعندئذ لا يجوز للمحكمة أن تعالج مسألة تعيين المحكم . وفي هذه القضية ، الطرفان قد اتفقا صراحة على قيام محكمة التحكيم التابعة للغرفة التجارية الدولية بتعيين المحكم الثالث في حالة عدم اتفاق محكمي الطرفين على تعيينه خلال 14 يوما.

وعلى هذا الأساس نستطيع القول أن المحكمة قد أهملت النص الذي يقضي باحترام إرادة الطرفين المتمثلة في اتفاقهما على ترك الأمر إلى محكمة التحكيم التابعة للغرفة التجارية الدولية وهي بهذا قد أهملت النص الذي ورد في الفقرة الأولى من المادة 256 .

2- أن المحكمة ذهبت إلى أن المادة 256 قد أعطت الحق للمحكمة في اختيار المحكم الثالث الذي لا يتفق عليه الطرفان ...و أضافت قائلة ولما كانت قواعد قانون المرافعات بهذا الخصوص من النظام العام و أن كل اتفاق على مخالفتها يعتبر باطلا ، ودعمت هذا القول بذكر الدكتور أبو الوفا في كتابه التحكيم بالقضاء و الصلح .[1] وعلى هذا الأساس قررت تعيين المحكم الثالث.

وتعليق الدكتور فوزي محمد سامي على ذلك هو :

أ/- أن ما جاء في المادة 256 من قيام المحكمة بتعيين المحكم ليس من النظام العام لأن المادة المذكورة تجيز للطرفين الاتفاق على كيفية تعيين كل محكم ، وكيفية تعيين المحكم الثالث . و أن دور المحكمة يأتي إذا لم يكن هناك اتفاق بهذا الشأن و هذا تأخذ به قوانين الدول العربية و الأجنبية[2] .

ب/- إن المحكمة قد أشارت إلى الدكتور أبو الوفا في كتابه التحكيم بالقضاء والصلح و أشارت إلى بعض صفحاته على أن الدكتور أبو الوفا في الصفحات المذكورة عالج موضوع التحكيم في اتفاقات البترول في الدول العربية و قد ذكر في الصفحة 83 حول ما جاء في بعض اتفاقات البترول حول تعيين المحكم الثالث من قبل رئيس محكمة العدل الدولية الدائمة بناء على طلب الطرفين فقال[3] : " و تعيين المحكم الثالث بواسطة رئيس محكمة العدل الدولية فيه تجاهل للسلطة القضائية في الدولة كما أنه يشف عما ترغب فيه الدول الأجنبية من فرض قضاء دولي لحسم الخلافات الناشئة عن تنفيذ عقود البترول لأن هذه العقود من قبيل الاتفاقات الدولية ". ويقول المؤلف في نفس مؤلفه " فإن الاتفاق على إجراء التحكيم في خارج

---

[1] أحمد أبو الوفا ، المرجع السابق ، ص 80-86 .

[2] المادة 746 من قانون المرافعات الليبي ، المادة 81 من قانون أصول المحاكمات اللبناني ، المادة 8 من قانون التحكيم الأردني ، المادة 141 والمادة 4/155 من قانون الإجراءات المدنية السوداني ، المادة 512 من قانون أصول المحاكمات السوري ، المادة 235 من قانون المرافعات المدنية والتجارية البحريني ، والمادتين 1444 و 1454 من قانون المرافعات الفرنسي (في القانون الفرنسي قبل تعديل قانون المرافعات عام 1981 لم يكن هناك نص في فرنسا يسمح لأحد أطراف النزاع عند امتناع الطرف الآخر عن تعيين المحكم أو عدم اتفاق محكمي الطرفين على تعيين المحكم الثالث أن يطلب من المحكمة تعيين المحكم و لكن على الرغم من عدم وجود النص فقد قررت محكمة النقض الفرنسية عام 1933 بأن القاضي يستطيع بناء على طلب أحد الأطراف أن يعين المحكم.

[3] فوزي محمد سامي ، المرجع السابق ، ص 290 .

الدولة عندما ينشأ إلى نزاع بصدد تنفيذ عقد استغلال منطقة بترولية – هذا الاتفـاق لا يعتد به لأن استغلال مناطق البترول والمعادن في الدولة و إن كان يعد من جانب الشركة عملا تجاريا بحتا ، إلا أنه من جانب الدولة هو عمل يمس المصلحة العامة و الثروة الطبيعية فيها، ويعد من صميم المسائل المتعلقة بالنظام العام ، فلا يعتد بأي اتفاق بصددها يخالف الأسس العامة المقررة في التشريع "[1] . لكن الـدكتور أبـو الوفا يذهب في كتابه الثاني عن التحكيم الذي صدر بحوالي عشر سنوات بعد الكتاب الأول ، وبصدد تنفيذ عقد استغلال البترول ، إلى أن التحكيم يجب أن يكـون علـى إقليم الدولة الطرف في العقد ، وذلك لأن استغلال البترول يتعلق بأمر يجـري فـي باطن الأرض، أي يتعلق بعقار يقع في أرض الدولة ، وبما أن قـانون المرافعـات يجعل الاختصاص لمحاكم الدولة التي يوجد فيها العقار ، لذا فإنه يـرى أن جعـل التحكيم في هذه الحالة خارج الدولة المذكورة ، يخالف نصوص قانون المرافعات ، ويقول في هذا الصدد أن القاعدة الأساسية في القانون هي جواز الاتفاق على إجراء التحكيم في الخارج بشرط ألا يكون الاختصاص بنظر النزاع في الحالتين للمحـاكم الوطنية وحدها ، فهنا يكون اختصاص المحاكم الوطنية من النظام العام [2]. وقد أورد المؤلف المذكور أمثلة على مجموعات من العقود الخاصة بالتنقيب و الاستغلال عن البترول[3] . وقد ذكر بأن النصوص الواردة في العقود الأولى قد تضمنت بوضـوح الأسس الآتية :

1- تشكل هيئة التحكيم من ثلاثة محكمين ، يختار كل طـرف واحـدا مـنهم ، والثالث يعين باتفاقهما في خلال 30 يوما ، وإلا يعين بواسطة محكمة التحكيم التابعة للغرفة التجارية الدولية بناء على طلب أي من الطرفين.
2- إذا امتنع أحد الطرفين عن تعيين محكمه في خلال الميعاد المحدد في العقـد جاز للطرف الآخر أن يطلب من محكمة التحكيم التابعة للغرفـة التجاريـة الدولية تعيين المحكم.

---

[1] أحمد أبو الوفا ، المرجع السابق ، ص ص 83 ، 87 .

[2] أحمد أبو الوفا ، عقد التحكيم وإجراءاته ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، 1974 ، ص 98 .

[3] أنظر نفس المرجع السابق ، ص ص 105، 106 ، 107 ، 108 .

ولم يعلق الدكتور أبو الوفا على اختيار المحكمين أو المحكم الثالث من قبـل جهـة أجنبية، ولم يقل أن تعيين المحكم الثالث من قبل محكمـة التحكـيم التابعـة للغرفـة التجارية الدولية فيه تجاهل للقضاء [1] .

تبين مما سبق أن محكمة بداءة الكرخ في حكمها موضوع المناقشـة ، قـد تجاهلت نص الفقرة الأولى من المادة 256 حيث كان عليها أن تترك مسـألة تعيـين المحكم الثالث إلى اتفاق الطرفين أي من قبل محكمي الطرفين ، وفـي حالـة عـدم اتفاقهما فمن قبل محكمة التحكيم التابعة للغرفة التجارية الدولية .

كما أن مسألة تعيين المحكم من قبل جهة أو شخص من غير أطراف النزاع تسـمى بسلطة التعيين ، وهي من المسائل المعروفة و المتبعة في التحكيم التجاري الدولي ، وقد نصت عليها أهم القواعد التحكيمية الدولية . مثال ما جاء في الفقرة الثالثة مـن المادة 18 من الاتفاقية العربية للتحكيم التجاري لعام 1987 ، وكذلك النصوص الدولية المعروفة كالفقرة الثانية من المادة 6 من قواعد الأونسترال ، والفقرة 3/أ من المادة 11 من القانون النموذجي للتحكيم ، والفقرة الثانية من المادة 21 مـن قواعـد التوفيـق و التحكيم و الخبرة للغرف التجارية العربية و الأوروبية .

و أخيرا نشير إلى أن تعيين المحكم من قبل المحكمة يكون أيضا فـي حالـة تعيـين المحكم البديل عن عزل المحكم أو اعتزاله من تلقاء نفسه أو في حالة وفاته أو حدوث مانع قانوني أو فعلي يجعله غير قادر على الاستمرار بمهمته [2].

ثانيا : اتخـــاذ إجــراءات تحفظيـة

الحالة الثانية من حالات تدخل القاضي أثناء إجراءات التحكـيم هـي قيـام القاضي بإصدار قرارات مستعجلة لها صفة مؤقتة لحماية حق أو مال مـن وقـوع ضرر قبل فوات الأوان، وقبل البت في أصل الحق ، وهذه الإجراءات تنفذ فـورا . وبما أن المحكم ليس له سلطة الأمر بالتنفيذ فإن اتخاذه للقرارات الخاصة بالإجراءات

---

[1] احمد أبو الوفا ، المرجع السابق ص 98 . كذلك أنظر أحمد أبو الوفا ، التحكيم الاختياري و الإجباري ، المرجع السابق ص 92 .

[2] سامي محمد فوزي ، المرجع السابق ، ص 294 .

التحفظية لا يكون لها أثر فعال من الناحية العمليـة لأن سـلطة التنفيـذ محصـورة بالسلطة العامة و يجب أن يصدر الأمر بذلك من قبل القاضي ، إلا إذا كـان قـانون الإجراءات الواجب التطبيق يعطي للمحكم الحق في إصدار مثل تلك الأوامر . ولكن كقاعدة عامة إن القرارات الخاصة بالإجراءات التحفظية تصدر من قبل القاضي ، وهذا يمثل ما يقول به ماندار Mendez " جانب من جوانب التعاون بين قضاء الدولة و هيئات التحكيم " [1].

ويكون طلب اتخاذ الإجراءات التحفظية من أحد أطراف النزاع ، يقدم إلى القاضـي في المحكمة المختصة حسب الأحوال كمحكمة مكان التحكيم أو محكمة مكان المدعي عليه ، أو مكان وجود الأموال المراد اتخاذ الإجراءات التحفظية بشـأنها ، والقـرار الذي يتخذه القاضي له صفة الاستعجال ، كالحجز الاحتياطي ، أو منع وقوع ضـرر أو إيقاف بعض الأعمال و التصرفات ، أو منع التصرف بملك الغير بدون حق وهو ما نصت عليه المادة 1/809 من قانون المرافعات الفرنسي .

إن لجوء أحد الأطراف إلى القضاء لا يؤثر على سير الإجراءات الخاصة بـالتحكيم ولا يعتبر مناقضا لاتفاق التحكيم و لا يمكن اعتبار الطلب إلـى السـلطة القضـائية لاتخاذ الإجراءات المذكورة تنازلا عن التمسك بالتحكيم أو نظر المحكمة في أسـاس الموضوع[2]. ويظهر هذا أيضا بشكل واضح في قرارات التحكيم [3].

وطلب اتخاذ الإجراءات الاحتياطية أو التحفظية ، يمكن أن يقدم قبل بدء إجـراءات التحكيم و أثناءها . ويبدو أن الاتجاه الحالي في التحكيم التجاري الدولي هو تضـمين القوانين الوطنية نصوصا تعطي المحكم الحق في إصدار قرارات لاتخاذ الإجراءات الوقائية أو المؤقتة ، فالقانون الجزائري في المادة 458 مكرر 9 نص على أنه يمكن لمحكمة التحكيم أن تأمر بتدابير مؤقتة أو تدابير تحفظية من أحـد الأطـراف إلا إذا

---

[1] F.R . Mendez « Arbitrage international et mesures conservatoires , Rev .arb .1985, N° 01 P.54 .

[2] وهذا ما نصت عليه صراحة قواعد التحكيم الدولية ، منها المادة 12 من قواعد الغرفة التجارية الدولية ، و كذلك الفقرة الرابعة من المادة 6 من الاتفاقية لأوروبية لعام 1961 ، وكذلك الفقرة الثالثة من المادة 26 من قواعد التحكيم التي وضعتها الأونسترال ، والفصل 46 من قواعد جمعية التحكيم الأمريكية ، أنظر في ذلك فوزي محمد سامي المرجع السابق ص 295 .

[3] CCI, N°4156 , 1983 , journal de droit international 1984 , N°04 , P.937 et suite .

كانت هناك اتفاقية مخالفة . و إذا لم يخضع المعني بالأمر بمحـض إرادتـه لهـذه التدابير جاز لمحكمة التحكيم أن تطلب مساعدة القاضي المختص و يطبق هذا الأخير قانونه الخاص [1] . وفي القانون النموذجي للتحكيم المفروض فيه أن يكـون نموذجـا للقوانين الوطنية نصت المادة 17 منه على أنه " يجوز لهيئة التحكيم أن تأمر أيا مـن الطرفين ، بناء على طلب أحدهما ، باتخاذ أي تدبير وقائي أو مؤقت تراه ضـروريا بالنسبة إلى موضوع النزاع ، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك . ولهيئة التحكـيم أن تطلب من أي الطرفين تقديم ضمان مناسب فيما يتصل بهذا التـدبير " . ولكـن يتساءل الفقه و على رأسهم ماندار على مدى فاعلية قرارات المحكم في هذا المجـال ذلك أن [2] :

أ/ القرار الذي يصدره المحكم لاتخاذ إجراءات احتياطية أو تحفظية لا يتعدى أثـره طرفي النزاع و المفروض أن أطراف النزاع التي قبلت الالتجاء إلى التحكـيم تقبـل بتنفيذ الإجراءات وعند عدم الامتثال للأمر يبقى للطرف الآخر طلب التعـويض إذا أصابه ضرر من جراء عدم الامتثال للأمر و تنفيذ الإجراء الواجب اتخاذه .

ب/ يظهر من الإحصائيات بأن 80% من أحكام التحكيم لا تنفذ طوعا بـل بموجـب طرق التنفيذ الجبري ، وهذا يطبق أيضا في حالة اتخاذ قرار الإجراءات الاحتياطيـة من قبل المحكم فالمطلوب تنفيذ القرار جبرا في حالة عدم التنفيذ الطوعي .

جـ/ إن إعطاء المحكم الحق في اتخاذ قرارات حول إجـراءات تحفظيـة لا يمنـع الطرفين من اللجوء إلى المحاكم لاتخاذ مثل تلك القرارات و بالأخص أن قـرارات المحاكم لها القوة التنفيذية الجبرية . ومع ذلك إن الاتجاه السائد في الصعيد الـدولي هو إعطاء هيئة التحكيم أوالمحكم الحق في اتخاذ مثل هذه الإجراءات إذا خشي وقوع ضرر أو لمنع تصرف يقوم به أحد الأطراف و يؤثر في حماية حق الآخر ، ما نجده في المادة 26 من قواعد الأونسترال التي نصت على ما يلي :

---

[1] Noureddine Terki op.cit P 91
[2] Mendez (F) , op.cit , p.56

1- لهيئة التحكيم أن تتخذ ، بناء على طلب أحد الطرفين ، ما تراه ضـروريا مـن تدابير مؤقتة بشأن الموضوع محل النزاع ، بما في ذلك إجراءات المحافظة على البضائع المتنازع عليها ، كالأمر بإيداعها لدى الغير أو بيع السلع القابلة للتلف .
2- يجوز أن تتخذ التدابير المؤقتة في صورة قرار تحكيم مؤقت ، ولهيئة التحكيم أن تشترط تقديم كفالة لتغطية نفقات التدبير المؤقت .
3- الطلب الذي يقدمه أحد الطرفين إلى سلطة قضائية باتخاذ تدابير مؤقتة لا يعتبـر مناقضا لاتفاق التحكيم أو نزولا عن الحق في التمسك به ..."

كذلك نجد القانون السويسري الجديد الخاص بقواعد القانون الدولي الخاص و الـذي عالج أحكام التحكيم في الفصل الثاني عشر منه ينص في المادة 183 منه على ما يلي:

1- إلا إذا كان هناك اتفاق على خلاف ذلـك ، يجـوز لهيئـة التحكـيم أن تـأمر بالإجراءات المؤقتة أو الإجراءات التحفظية بناء على طلب أحد الأطراف .
2- فإذا لم يخضع الطرف المعني لتلك الإجراءات من تلقاء نفسه يمكن لهيئة التحكيم أن تطلب مساعدة القاضي المختص ، ويقوم هذا الأخير بتطبيق قانونه [1].
3- يجوز لهيئة التحكيم أو للقاضي أن يعلق اتخاذ الإجراءات المؤقتة أو الاحتياطيـة إلى تقديم كفالة مناسبة " .

ويتبين من الفقرة الثانية من هذه المادة أنها تعطي للمحكم أو لهيئة التحكيم عند عـدم خضوع الطرف الذي صدر ضده قرار اتخاذ الإجراءات التحفظيـة أن تلجـأ هيئـة التحكيم أو المحكم إلى القاضي وتطلب معاونته في اتخاذ القـرار الخـاص بالتنفيـذ الجبري لتلك الإجراءات ، وفي هذه الحالة يقوم القاضي بتطبيق قـانون الإجـراءات الذي يطبقه في النظر بالدعوى ، وهذا الحكم في القانون السويسري ينسجم تماما مع الواقع ذلك لأن المحكم ليست له سلطة الإجبار و إنما تلك السلطة تكون بيد القاضـي الذي يمثل السلطة العامة [2] .

---

[1] أنظر فوزي محمد سامي ، المرجع السابق ، ص 297 .
[2] فوزي محمد سامي ، نفس المرجع ، ص 297 .

وعلى ما سبق يمكن القول أن قرار الحجز أو أي إجراء تحفظي يتخذه المحكم ليس له قوة إلزامية و لا يمكن تنفيذه جبرا و لكن قد يقبل الطرفـان اتخـاذ مثـل هـذه الإجراءات وبالتالي يتعاونان على تنفيذه . والقاعدة أنه إذا أراد أحد الطرفين اتخـاذ مثل تلك الإجراءات ، عليه أن يلجأ إلى القضاء باتباع الإجراءات الاعتيادية في مثل تلك الحالات و طبقا للإجراءات الخاصة بإقامة الدعوى المستعجلة في هذا الشأن أمام القاضي .

وجدير بالذكر أن قانون المرافعات الليبي الصادر في 1953/11/28 قد نص صراحة في المادة 758 على انه ليس للمحكمين أن يأذنوا بالحجز و لا بأية إجراءات تحفظيـة ، وإذا أذن قاض مختص بالحجز في قضية منظورة بطريق التحكيم فعليـه أن يقـرر صحة الحجز دون المساس بموضوع القضية ، وعلى هذا القاضي أن يصدر قـرارا بإلغاء الحجز حين يقرر المحكمون ذلك .

إن هذا النص الذي يمنع المحكم من اتخاذ إجراءات تحفظية و يحصر هذا الحق بيـد القاضي ، ينطبق أيضا على ما هو الحال في القوانين العربية للمرافعـات ، وإن لـم يرد فيها نص صريح بذلك[1] .

ثالثا : طلب المحكم من المحكمة اتخاذ إجراءات معينة لمساعدته في مهمته

تنص قوانين المرافعات على أن المحكم يستطيع الطلب من القاضي المختص أن يصدر مذكرات بإحضار الشهود أو أن يوقع العقوبة على الشهود الذين تم إبلاغهم بالحضور بشكل أصولي ، وتخلفوا عن الحضور أو امتنعوا عن الإجابـة . وكـذلك يستطيع المحكم الطلب من المحكمة بأن تكلف الغير بإبراز مستند أو وثيقة في حوزته لها أهميتها وضرورية لإصدار حكم التحكيم و يجوز للمحكم أيضـا أن يلجـأ إلـى المحكمة و يطلب منها الأمر بالإنابة القضائية و هذا ما نصت عليه بشـكل صـريح القوانين العربية وهو ما نجده أيضا في المادة 1015 من قانون المرافعات الفرنسـي ، كذلك نصت المادة التاسعة من قانون التحكيم الأردني في فقرتيها الأولى و الثانية [2]،

---

[1] فوزي محمد سامي ، المرجع السابق ، ص 299

[2] أحمد أبو الوفا ، التحكيم في القوانين العربية ، المرجع السابق ، ص 183 .

كذلك المادة 87 من قانون إجراءات المحاكم المدنية لدولة الإمارات العربية لسنة 1997[1].

إن قانون الإمارات العربية جاء بنص أوسع من ما هو عليه في قوانين المرافعات العربية الأخرى ، حيث أن القانون المذكور جعل للمحكمة أن تتخذ جميع الإجراءات التي يمكن اتخاذها اعتياديا عندما تعرض عليها الدعوى و طبعا يكون ذلك بناء على طلب المحكم و بغرض مساعدة المحكمين في تسهيل إنجاز مهمتهم .

ونشير أيضا أن القانون النموذجي للتحكيم الذي أعدته الأونسترال أجاز في المادة 27 منه للمحكم أن يطلب من المحكمة المختصة الحصول على أدلة تتعلق بالتحكيم وللمحكمة أن تنفذ الطلب المذكور في حدود سلطتها و طبقا للقواعد التي تتبعها في الحصول على الأدلة .

يستدل مما سبق ، أن هناك مجالات للتعاون بين المحكم والقاضي ، وقد أشارت إلى هذه الأمور قوانين المرافعات المحلية و القانون الذي وضعته لجنة القانون الدولي ليكون نموذجا للدول عند وضع قوانينها المحلية الخاصة بالتحكيم .

رابعا : رد المحكمين أو عزلهم

من الأمور التي يتدخل فيها القضاء أثناء إجراءات التحكيم هي حالة طلب أحد أطراف النزاع رد أحد المحكمين أو عزله ، وهذا ما نصت عليه المادة 1464 من القانون الفرنسي .

أما عزل المحكم فلا يتم إلا باتفاق طرفي النزاع ، ولكن بعض قوانين المرافعات تنص على أن عزل المحكم قد يكون بحكم من القضاء أيضا ، وهذا ما نصت عليه المادة 458 مكرر 2 فقرة 2 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري بقولها " ....وفي حالة صعوبة تعيينهم أو عزلهم أو استبدالهم يجوز للطرف المعني بالتعجيل أو يقوم بما يأتي :

أ- رفع الأمر أمام المحكمة المختصة ، طبقا للمادة 458 مكرر 3 إذا كان التحكيم يجري في الجزائر.

---

[1] أحمد أبو الوفا نفس المرجع ، ص 199 .

ب- رفع الأمر أمام رئيس محكمة الجزائر ، إذا كان التحكيم يجري في الخارج [1] .
وهذا ما جاء في المادة 749 من القانون الليبي [2] ، و التي تنص على أنه : " لا يجوز عزل المحكمين إلا بتراضي الخصوم جميعا أو بحكم من القضاء بناء على طلب أحد الخصوم بعد سماع الطرف الآخر والمحكم ، أو بناء على طلب جميـع الخصـوم . ويصدر القاضي قرارا برفض الطلب أو قبوله غير قابل للطعن. ولا يجوز ردهم إلا لأسباب تحدث أو تظهر بعد مشارطة التحكيم [3] ، ويرد المحكم أو يطلب عزله لذات الأسباب التي يرد بها القاضي أو يعتبر غير صالح للحكم ، ولا يقبـل طلـب الـرد أو العزل إذا صدر حكم المحكمين أو حجزت القضية للحكم " .
أما القانون السوري فقد جعل عزل المحكم يكون فقط بتراضـي الخصـوم جميعـا (المادة515) ، أما عن رد المحكم ، فقد نصت المادة 516 [4] على أن الرد يطلب مـن المحكمة المختصة ، ولكن حددت ميعادا لذلك وهو 05 أيام من يوم إخبـار الخصـم بتعيين المحكم، وسبب تحديد المدة هو لتفويت الفرصة على الخصـم عنـدما يريـد تعطيل إجراءات التحكيم وكسب الوقت . ويعاب على هذا النص تحديد مـدة لطلـب الرد ففي هذه الحالة لا يبقى للطرف الذي كان يريد رد المحكم إلا أن يطعن في حكم التحكيم لأسباب تجعل المحكم غير محايد في حكمه ، وقد تدارك القانون الكويتي هذا الأمر فجاء في المادة 178 [5] منه بنص يماثل نص القانون السوري ، ولكنه أضـاف بأن طلب الرد يمكن أن يكون أيضا من تاريخ حدوث سبب الرد أو علم طالب الـرد به إذا كان تاليا لإخباره بتعيين المحكم .
وهناك قوانين لم تحدد مدة لتقديم طلب الرد فيمكن لأي طرف من أطراف النزاع أن يطلب رد أو عزل المحكم منذ تعيينه و لحين إصدار حكم التحكيم أما بعد إقفال بـاب

---

[1] مرسوم تشريعي رقم 09/93 مؤرخ في 03 ذي القعدة عام 1413 الموافق لـ 25 أفريل سنة 1993 ، يعدل ويتمم الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 08 يونيو و المتضمن قانون الإجراءات المدنية .

[2] عبد الحميد الأحدب " التحكيم ، وثائق تحكيمية " الجزء الرابع ، ميلانو ستامبا S.P.A ، ط 1990 ، ص 360 .

[3] فوزي محمد سامي ، المرجع السابق ، ص 301 .

[4] أحمد أبو الوفا ، التحكيم في القوانين العربية ، المرجع السابق ، ص 182 .

[5] نفس المرجع ، ص 44 .

المرافعة أو صدور الحكم ، فلا يجوز طلب الرد أو عزل المحكم . وهذا ما تناولتـه أيضا المواد 267 ، 268 ، 269 من مجلة المرافعات المدنية و التجارية التونسية [1] .

وتجدر الإشارة إلى ما جاء في المادة 11 من قانون التحكيم الأردني [2] ، حول إقالـة المحكم المهمل أو السيئ السلوك بناء على طلب أحد الطرفين ، وهي حالة من حالات العزل فقد جاء في المادة المذكورة أنه " إذا أساء أحد المحكمين أو الفيصل (الرئيس) سلوكه ، أو أهمل قصدا العمل بمقتضى اتفاق التحكيم بعد أن طلب إليـه ذلـك أحـد الفريقين كتابة ، يجوز للمحكمة أن تقيله و تعين خلفا له إذا لم يقم بذلك الطرف الذي عينه أو المحكمون الذين عينوه " . ومن جهة أخرى ، بعض قواعد التحكيم الدوليـة تعالج أيضا مسألة رد أو عزل المحكمين ، فمثلا قواعد الغرفة التجارية الدوليـة قـد نصت في الفقرة الثامنة من المادة 2 من القواعد النافذة منذ 1988/01/01 علـى أن " طلب الرد المستند على الإدعاء بعدم توافر الحياد أو لأي سبب آخـر يكـون تقـديم الطلب المذكور بإرساله إلى الأمانة العامة – محكمة التحكيم – ببيان مكتوب يتضمن الوقائع و الظروف التي يستند عليها الطلب " .

والطلب الخاص بالرد يجب أن يقدم خلال 30 يوما من إبلاغ الطرف صاحب الطلب بتعيين المحكم أو خلال 30 يوما بعد علم الطـرف الـذي قـدم الطلـب بالأسـباب و الظروف التي أدت إلى تقديم الطلب المذكور . وهنا نجد أن الفقرة التاسـعة مـن المادة المذكورة تجعل محكمة التحكيم التابعة للغرفة هي المختصة بالنظر في الطلب، ذلك الحال مع قواعد التحكيم التي وضعتها الأونسترال فهي قد فصلت فـي أسـباب و كيفية رد المحكمين، ولم تجعل البت في ذلك من اختصاص القضاء ، بل جعلـت الأمر متروكا للمحكم الذي يراد رده لكي يتنحى ، أو أن سلطة التعيين هي التي تكون مختصة في إصدار قرار الرد (المواد 10 ، 11 ، 12) [3].

وعلى كل حال إن اتباع القواعد التحكيمية للمؤسسة التي اختارها الطرفان لا يمنـع كما يقول ساندرس Sanders من اللجوء إلى القضاء إذا كان القانون الواجب التطبيق

---

[1] عبد الحميد الأحدب ، المرجع السابق ، ص ص 242 ، 243 .

[2] أحمد أبو الوفا ، المرجع السابق ، ص 183 .

[3] فوزي محمد سامي ، المرجع السابق ، ص 303 .

يعطي للقاضي سلطة اتخاذ القرار في حالة طلب الرد [1] . وهـذا مـا وجـدناه فـي النصوص القانونية المحلية التي سبق ذكرها .

ويلاحظ أن القانون السويسري الجديد قد جاء بنص واضح في هذا الخصوص ، فبعد أن حدد أسباب الرد في المادة 180 ، أضاف في الفقرة الثالثة من نفس المادة قولـه بأنه في حالة عدم اتفاق الطرفين على إجراءات الرد ، فإن القاضي المخـتص فـي مكان هيئة التحكيم هو الذي له القرار النهائي في الموضوع .[2]

خامسا : دعوى الأمر بتنفيذ حكم التحكيم

إن أهمية تنفيذ حكم التحكيم تكمن في أن نجاح التحكيم يقـاس بمـدى تنفيـذ أحكامه، ففي هذا الوقت يظهر بوضوح أثر كل ما تم اتخاذه في عملية التحكيم بدايـة من الاتفاق علي اختيار المحكمين ، ومكان التحكيم و إجراءاته وغير ذلـك ، فحكـم المحكم هو الثمرة الحقيقية للتحكيم ، هذا الحكم لن يكون له من قيمة قانونية أو عملية إذا ظل مجرد عبارات مكتوبة غير قابلة للتنفيذ ، فتنفيذ حكم التحكيم يمثـل أسـاس ومحور نظام التحكيم نفسه و تتحدد به مدى فاعليته لفض و تسوية المنازعات [3].

وبما أن أطراف التحكيم يخضعون للتحكيم بإرادتهم ، وكثيرا مـا يهمهـم الاحتفـاظ بعلاقاتهم مع الأطراف الأخرى ، لذلك فإنهم ينفذون الحكم رضاء ، لكن قد يـرفض الطرف المحكوم عليه تنفيذ الحكم اختيارا ، وهنا تظهر أهمية تنفيذ هذا الحكم جبريا، وذلك بالحصول على الأمر بتنفيذه [4] . إن حكم التحكيم يحوز حجية الأمر المقضـي فيه بمجرد صدوره ، ويكون واجب النفاذ ، فعلى الدولة أن تعتـرف بحجيـة حكـم

---

[1] P. Sanders , op.cit , N°92 , P.247 .

[2] فوزي محمد سامي ، المرجع السابق ، ص 304.

[3] أحمد هندي " تنفيذ أحكام المحكمين ، الأمر بتنفيذ أحكام المحكمين الوطنية والأجنبية " دار الجامعة الجديدة للنشر ، طبعة 2001 ، ص 12.

[4] نفس المرجع ، ص 13 .

التحكيم و تأمر بتنفيذه [1] ، فالحكم التحكيمي لا ينفذ إلا إذا أمرت دولة التنفيذ بتنفيذه وينبغي استصدار أمر من المحكمة المختصة بتنفيذ حكم التحكيم [2].
لكن تدخل قضاء الدولة المطلوب منه تنفيذ حكم التحكيم في مراقبة هذا الحكم؛ للتأكد من استيفائه للشروط الأساسية التي تطلب إصدار الأمر بتنفيذه [3] ، لا يعتبر اختصاصا منه بالموضوع ، ذلك أن دعوى الأمر بالتنفيذ ينحصر موضعها في الحكم المطلوب تنفيذه ، ولا ترمي إلى بحث موضوع النزاع الذي فصل فيه المحكم [4].

هذه هي أهم حالات تدخل القاضي أثناء إجراءات التحكيم ، ويوجد في قانون الإمارات العربية المتحدة نص يجيز أن يطلب الرأي والفتوى من قبل القاضي ، حيث نصت المادة 89 على أنه " يجوز للمحكمين إذا وافقت المحكمة أن يطلبوا فتواها من أي موضوع معروض أمامهم للنظر فيه ، وتعتبر مثل هذه الفتوى جزءا من قرار المحكمين" [5].
وهكذا نستطيع أن نخلص مما تقدم إلى الأثر الهام الذي يرتبه اتفاق التحكيم الدولي في تقرير قضاء الدولة عدم اختصاصه بالفصل في النزاع ، وينفرد اتفاق التحكيم بالمقارنة بشرط الاختصاص القضائي الدولي بهذا الأثر القوي في سلب الاختصاص عن قضاء الدولة . فالشرط الأخير تشعر معه الدولة بالمساس بسيادتها لخروج المنازعة من ولايتها إلى ولاية القضاء الأجنبي ، ولذلك فهي تتشدد في الشروط التي تجيز للأطراف إخراج المنازعة من اختصاصها والعهدة بها إلى القضاء الأجنبي [6].
[6].

بل حتى مع توافر هذه الشروط ، قد يبطل القضاء الوطني شرط اختصاص القضاء

---

[1] المادة 1/3 من اتفاقية نيويورك ، الخاصة بالاعتراف بتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية الموقعة سنة 1958 و التي دخلت حيز التنفيذ سنة 1959 .

[2] أحمد هندي ، المرجع السابق ، ص 24 .

[3] وهي الشروط التي تتطلبها اتفاقية نيويورك في المادة 05 منها .

[4] حفيظة السيد الحداد " القانون القضائي الخاص الدولي " مكتبة الإسكندرية ، طبعة 1990 ، ص 365 بند 383.

[5] فوزي محمد سامي ، المرجع السابق ، ص 304 .

[6] Catherine Blanchin « L'autonomie de la clause compromissoire : un modèle pour la clause attributive de juridiction . Mémoire Paris II 1994 sous la direction de Hélène GAUDEMENT TALLON p.65 et 71.

الأجنبي بالفصل في النزاع الناشئ عن العقد التجـاري الـدولي ، وإهـدار اتفـاق الأطراف في هذا الخصوص [1] .

المطلب الثالث

تنازع الاختصاص بين قضاء الدولة وقضاء التحكيم

يحدث التنازع في الاختصاص بين قضاء الدولة و قضاء التحكيم في فرضين هامين :

الأول : أن يتعلق النزاع الوارد بشأنه اتفاق التحكيم بمسـألة تـرتبط بالاختصـاص القاصر لقضاء الدولة .

والثاني : أن يتضمن العقد التجاري الدولي شرط تحكيم وفي نفس الوقت شرطا يمنح الاختصاص القضائي لدولة ما بالفصل في النزاع ، وهـو مـا يعـرف بالعقـد ذي الشروط المركبة في الاختصاص .

فكيف يمكن حل التنازع في هذين الفرضين ، وتحقيق القوة الملزمة لاتفاق التحكيم ؟ ولهذا ارتأيت أن أقسم هذا المبحث إلى مطلبين ، أتطرق في الأول منهما إلى التنازع

---

[1] أصدرت محكمة تمييز دبي في 8 جوان 1998 حكما يقضي بإبطال شرط الاختصاص القضائي لمحاكم المملكة العربية السعودية على الرغم من صحة هذا اشرط وفقا للقواعد المتعارف عليها دوليا ، فقد تضمن العقد التجاري الدولي (عقد مقاولة من الباطن) الذي تم إبرامه و تنفيذه في المملكة العربية السعودية ، شرطا يقضي باختصاص محاكم المملكة بنظر النزاع الناشئ عن العقد ، إلا أن أحد الأطراف لجأ إلى محكمة دبي لمطالبة الطرف الآخر بتنفيذ التزامه بسداد المبلغ (...) درهم إماراتي ، ومع أن الطرف المدعي عليه تمسك بشرط الاختصاص القضائي للمحاكم السعودية وفقا للبند الثامن من العقد ، إلا أن محكمة دبي الكلية رفضت هذا الدفع ، وألزمت الشركة المدعى عليها بأن تدفع للشركة المدعية مبلغ (...) وبفائدة قدرها 9% من تاريخ الدعوى ، وحتى تمام السداد . طعنت الشركة المحكوم ضدها على الحكم أمام محكمة استئناف دبي ، إلا أن الأخيرة رفضت الاستئناف و أيدت الحكم الابتدائي ، فلجأت الشركة إلى الطعن أمام محكمة تمييز دبي التي أيدت الحكم الاستئنافي مقررة بطلان شرط الاختصاص القضائي الوارد بالعقد لسلبه الاختصاص من محاكم دولة الإمارات العربية المتحدة وذلك تأسيسا على حكم المادة 20 من قانون الإجراءات المدنية التي تنص على اختصاص محاكم الدولة بنظر الدعوى التي ترفع من المواطن أو الأجنبي الذي له موطن أو محل إقامة في الدولة ، وهو ما يتوافر في حق الطاعن الذي له محل إقامة معتاد بدولة الإمارات .

ويعلق الفقه على هذا الحكم بأنه يهدر الثقة المشروعة التي يوليها المتعاقدون للحكم العقدي ، فالمتعاقدان قد اتفقا بكامل إرادتهما دون إذعان على عقد الاختصاص الدولي للمحاكم السعودية ، ولا يجوز لأي طرف من أطراف هذا العقد إهدار هذا الشرط العقدي وطلب إبطاله أمام جهة قضائية في دولة أخرى غير تلك التي اتفق الطرفان على تخويلها سلطة الفصل في منازعتهم العقدية الدولية . أنظر في ذلك هشام خالد " الشرط السالب للاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية " ، دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية 2000، ص 290 وما بعدها .

في حالة الاختصاص القاصر لقضاء الدولة ، وفي الثاني إلى التنـازع فـي حالـة الشروط المركبة في الاختصاص .

الفرع الأول
التنازع في حالة الاختصاص القاصر لقضاء الدولة

يحدث أن يرد اتفاق التحكيم التجاري الدولي بشأن تسوية نزاع يتعلق بمسألة تدخل ضمن حالات الاختصاص القاصر لقضاء الدولة ، فينشأ بسبب ذلك تنازع فـي الاختصاص بين قضاء الدولة و قضاء التحكيم . فمن ناحية يترتب على توافر حالـة من حالات الاختصاص القاصر [1] ، أن ينعقد الاختصـاص الإلزامـي أو الوجـوبي لمحاكم الدولة ، نظرا لكونها حالات تتعلق بالنظام العام ، وبالتالي لا يجوز للأفـراد الاتفاق على مخالفتها ، وذلك بعكس حالات الاختصاص الجوازي التي تستطيع فيها الأطراف ذلك . ومن ناحية أخرى ، يترتب على وجود اتفاق التحكيم الدولي منصـبا على إحدى هذه الحالات سلب لولاية قضاء الدولة و إسنادها لقضاء التحكيم إعمـالا للأثر السلبي لهذا الاتفاق .
ويرى الأستاذ أحمد مخلوف أنه لا حل لهذا النزاع إلا بإعمال أثر اتفـاق التحكـيم الدولي عن طريق الاعتراف للإرادة بسلب ولاية القضاء في مثل هذه الحالات [2].

أولا : قدرة الإرادة على سلب ولاية القضاء في حالات الاختصاص القاصر

إذا كان الفقه يتحدث عن انه لا يجوز للإرادة أن تسلب الولاية عـن قضـاء الدولة في حالات الاختصاص القاصر ، فإن هذا القول على حد رأي الدكتور أحمـد مخلوف لا يجب أن يؤخذ كحقيقة مسلم بها في حالة اتفاق التحكيم التجاري الدولي ، وذلك للأسباب الآتية :

---

[1] عز الدين عبد ا ، القانون الدولي الخاص الهيئة المصرية العامة للكتاب ط 1986 ص 738 بند 197 . و محمد كمال فهمي أصول القانون الدولي الخاص مؤسسة الثقافة الجامعية بالإسكندرية ط 1985 ص 674 .
[2] أحمد مخلوف ، المرجع السابق ، ص 167 .

- إن ما قرره الفقه قد ورد أساسا بشأن البحث عن مدى قدرة الإرادة على سلب ولاية القضاء الوطني، وإسنادها لقضاء دولة أجنبية ، ولم يتعرض إذا كان هذا الإسناد لقضاء التحكيم ، فالسبب الذي يدعو إلى رفض الاعتـراف للأطـراف باختصاص قضاء دولة أجنبية هو أن لا يخضع القضاء الوطني فيما يقرره من حالات تدخل في اختصاصه القاصر لحكم القضاء الأجنبي فيها ، الأمر الـذي يمس سيادة دولة القاضي التشريعية [1].

أما في حالة اتفاق التحكيم التجاري الدولي ، فلا يكون مثل هذا المبرر موجودا حيث ينتفي اختصاص قضاء الدولة ، سواء في ذلك القضاء الوطني ، أو القضاء الأجنبي، وبالتالي لا يتصور أن يقوم قضاء دولة أجنبية بالتعدي على السيادة التشريعية لدولة القاضي ، وتضيف الدكتورة سامية راشد أن موضوع الاختصاص القضائي الدولي لمحاكم الدولة ، ووجود قواعد تجعل هذا الاختصاص قاصرا في بعض الحالات كما في الدعاوى العينية العقارية و مشتركا في حالات أخرى بحيث يمكن اللجـوء إلـى محاكم دولة أخرى لنظر ذات الدعوى ، وهو أمر ذي صلة باتفاق التحكيم و شروط صحته من حيث محله وهو وجود نزاع قابل للتحكيم أصلا [2] .

ثانيا :تطبيق عملي حول تنازع الاختصاص بين التحكيم والقضاء

اختصاص قضاء التحكيم بالفصل في نزاع يتعلق بعقار كائن في مصر أصدرت محكمة التحكيم بغرفة التجارة الدولية بباريس ، في الدعوى رقم 4589 لسنة 1984 حكما تمهيديا يقضي باختصاصها بنظر نزاع يتعلق بعقار كائن بمصر ورد بشأنه اتفاق تحكيم [3] ، وقد حاول المدعي عليه أن يدفع بعدم اختصاص هيئة التحكيم تأسيسا على أن النزاع يدخل ضمن حالات الاختصاص القاصر للمحاكم المصرية ، وهو أمر يتعلق بالنظام العام بها ، إلا أن هيئة التحكيم رفضت هذا الدفع ، واستندت إلى أن المسألة المطروحة على التحكيم لا تدخل في إطار المسائل التي لا يجوز فيها

---

[1] ا أحمد مخلوف ، لمرجع السابق ، ص 168.

[2] سامية راشد ، المرجع السابق ، ص 414 بند 211.

[3] محسن شفيق " التحكيم التجاري الدولي " كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، ط 1973 / 1974 ص ص 133 ، 134 .

الصلح وفقا للمادة 551 من القانون المدني المصري ، بالإضافة إلى أن انضمام مصر لاتفاقية نيويورك يجعلها تعترف باتفاق التحكيم وفقا للمادة الثانية من الاتفاقية، والتي لم تتضمن مثل هذا القيد المسمى بالاختصاص القاصر [1] .

الفرع الثاني
التنازع في حالة الشروط المركبة في الاختصاص

إذا تضمن العقد التجاري الدولي شرطا للتحكيم ، وفي نفس الوقت شـرطا يمنح الاختصاص القضائي لدولة ما بالفصل في النزاع ، فلا شك أنه ينشأ في هـذه الحالة تنازع في الاختصاص بين قضاء الدولة و قضاء التحكـيم ، فكيـف يكـون السبيل لفض هذا النزاع ؟ و على أي أساس يكون ذلك ؟ .
هنا يجب التمييز بين ثلاثة فروض مختلفة تأتي فيها هذه الشـروط المركبـة فـي الاختصاص نقسمها كالتالي :

أولا :أن يرد شرط التحكيم و شرط الاختصاص القضائي على سبيل التخيير

هنا لا توجد صعوبة كبيرة ، حيث يحق للمدعي أن يلجأ عند حدوث النزاع ، إما إلى قضاء الدولة أو إلى قضاء التحكيم ، فله الخيار بينهما وعندئـذ لا يسـتطيع المدعي عليه أن يعارض أو يتمسك بتطبيق الشرط الآخر[2].
وهكذا فقد ذهب القضاء الفرنسي في عقد بين شركة فرنسية و أخرى هولندية ، إلى تأييد حق الشركة الفرنسية (المدعى عليها) لتطبيق المادة 14 من القـانون المـدني الفرنسي ، والتي تعطي الاختصاص لقضاء الدولة في العقود التي تبرم مع الأجانب بفرنسا ، مؤكدا أن حق الخيار الممنوح للشركة الهولندية و لجوئها إلى التحكيم يعني تنازل الشركة الفرنسية عن الاختصاص القضائي للمحاكم الفرنسية.

---

[1] سامية راشد ، المرجع السابق ، ص 209 هامش 2.

[2] PH Fouchard .E.Gaillard .B.Goldman op.cit ,p. 288 , n.487.

هذا وقد يأتي شرط التحكيم لينص على إلغاء شرط الاختصاص القضـائي السـابق الاتفاق عليه بين الأطراف ، وفي هذه الحالة لا يكون ثمـة مجـال للتخيير بـين الشرطين ، إذ يتم هنا تطبيق شرط التحكيم وحده [1] .

ثانيا : أن يرد شرط التحكيم و شرط الاختصاص القضائي على سبيل التتابع

ويعني هذا الفرض ، اتفاق الطرفين على اللجوء إلى التحكيم أولا ، ثم يكون قضاء الدولة على سبيل الاحتياط ؛ بمعنى أنه إذا لم يتم تسوية النزاع عـن طريـق التحكيم فيتم اللجوء إلى قضاء الدولة الذي اختاره الأطراف .

وبالتطبيق لهذا الفرض ، فقد قرر حكم التحكيم الصادر في الدعوى رقم 4996 لسـنة 1985 أن تضمن عقد الوكالة التجارية شرط تحكيم غرفة التجارة الدولية ببـاريس ، ومن بعد شرط الاختصاص القضائي للمحاكم الإيطالية ينفي وجود أي تنـازع فـي الاختصاص بين النظامين ، فما دام قد تم تشكيل هيئـة التحكـيم فقـد انعقـد لهـا الاختصاص بنظر النزاع و ينأى القضاء الإيطالي الذي تكون له الصفة الاحتياطيـة عن الاختصاص به [2] .

ويلاحظ أنه إذا ورد شرط الاختصاص القضائي بهدف إعماله كمرحلة ثانيـة فـي التقاضي ، أي الانتقال بحكم التحكيم إلى مرحلة الاستئناف مباشرة حتى و لـو لـم تتوافر إحدى الحالات التي تجيز الطعن عليه، فإن مثل هذا الشرط يقع باطلا ؛ ذلك أن استئناف حكم التحكيم أمام قضاء الدولة ، إنما يكون وفقا لشروط معينة نصـت عليها قوانين التحكيم مما لا يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفتها ، ونجد واضـحا في الحكم الذي أصدرته محكمة استئناف باريس في 27 أكتوبر 1994 ، حيث قررت في الدعوى المطروحة عليها أن حكم التحكيم قد أصبح نهائيا ، ولا يجوز اسـتئنافه إذا اتفق الطرفان على ذلك لعدم توافر الحالات المنصـوص عليهـا فـي القـانون الفرنسي و الواردة على سبيل الحصر بشأن الطعن في أحكام التحكيم [3] .

---

[1] أحمد مخلوف ، المرجع السابق ، ص 172.

[2] أحمد مخلوف ، المرجع السابق ، ص 173.

[3] Cour d’app. de paris. 27 oct 1994. aff. Diseno .Rev .arb. 1995 . p, 263 note P Level

ثالثا :أن يرد شرط التحكيم و شرط الاختصاص القضائي على سبيل التعارض

ويمثل هذا الفرض التنازع الحقيقي بين قضاء الدولة و التحكيم فهـو علـى خلاف الفرضين السابقين لا يشير إلى حكم كل من الشرطين أي سـواء بإعمالهمـا على سبيل الاختيار أم على سبيل التتابع ، هنا يذهب جانب كبير من الفقه و علـى رأسهم ماتيو دي بواسيرون Mathieu de Boisséron [1]، إلى أن فض التنازع في هذه الحالة يجب أن يكون بإعطاء الأولوية لقضاء التحكيم ، ذلك أن شرط التحكيم يعتبر من الشروط الخاصة التي تقيد الشروط العامة بمنح الاختصاص لقضاء دولـة مـا بالفصل في النزاع .

وهذا ما أيده القضاء الفرنسي في أحكام عديدة ، منح فيها هـذه الأسـبقية لقضـاء التحكيم ، نذكر من ذلك الحكم الذي أصدرته محكمة استئناف باريس في 29 نوفمبر 1991 ، حيث ورد هذا الحكم في نزاع يتعلق بمجموعة عقدية ورد في أحد عقودها ، وهو العقد الأساسي، شرط تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس ، وفي العقد الآخر ، وهو العقد التنفيذي ، شرط الاختصاص القضائي لمحكمة باريس التجارية ؛ و قـد أدى ذلك عند حدوث النزاع لأن يعلن كل قضاء اختصاصه بالفصل فيه ، فأصدرت أولا محكمة باريس التجارية حكما في 22 سبتمبر 1989 يقضي باختصاصها بالفصل في النزاع قاضية بالتعويض لصالح المدعية ، ثم أصدرت هيئة التحكيم حكما تمهيديا في 30 مارس 1990 يقضي باختصاصها بالفصل في نفس النزاع ، وعلى إثر طعـن كل طرف في الحكم الصادر من القضاء الآخر ، فقد تجمع لدى المحكمة الاستئنافية طعنين يرمي أحدهما إلى بطلان حكم المحكمة التجارية ، تأسيسا على نفس السـبب وهو عدم الاختصاص . وكان على محكمة استئناف باريس أن تحسم هذه المسألة ، وتعطي لنا الحكم الذي يجب اتخاذه في هذه الحالة ، فقررت إعطاء الأولوية لقضاء التحكيم للفصل في النزاع ، و ألغت الحكم الصادر من محكمة بـاريس التجاريـة ،

---

[1] Mathieu de Boisséron « Le droit français de l'arbitrage interne et international » G/N Joly , 1990, p.79 .
et aussi Marie Hélène Maleville « pratique arbitrale de l'interprétation des contrats commerciaux internationaux » RDAI,1999, p.100 spéc.07 no 11.

وكان من حيثيات هذا الحكم ما يلي : " أنه لما كان العقـدان المؤرخـان فـي 1974 و 1976 يشكلان مجموعة عقدية واحدة ، وأن العقد الثاني قد جاء تنفيذا للعقـد الأول الذي اتجهت فيه إرادة الأطراف إلى تسوية المنازعات التي تنشأ بينهم عن طريـق التحكيم ، ولما كان لشرط التحكيم مجال أكثر اتسـاعا مـن شـرط الاختصـاص القضائي، فإن هيئة التحكيم ينعقد لها الاختصاص وحدها بنظر النزاع ، أما شـرط الاختصاص القضائي الذي يعين محاكم باريس ، فلا يمكن تفسيره إلا على أنه شرط اختصاص احتياطي لاتفاق التحكيم ، يعمل به في حالة عدم إمكانية انعقاد محكمـة التحكيم [1] . كذلك قررت محكمة النقض الفرنسية في حكم حديث صادر بتاريخ 26 نوفمبر 1997 ترجيح شرط التحكيم اعتمادا على نفس المبدأ ، وهو أن هـذا الشـرط هو تعبير عن إرادة الأطراف بإعطاء المحكمين سلطة الفصل في النزاع مباشـرة ، بما يكون له مجال أوسع في التطبيق من شرط الاختصاص القضائي الذي يقتصـر على تعيين القضاء المختص إقليميا لحكم النزاع [2].

[1] Cour d’appe de paris . 29 nov1991 . Rev arbitrage .1993 , p.617 .

[2] Cour de cass . Civ .26 nov.1997 , Rev . arbitrage 1997 , p.544 , note D.Cohen.

الخاتمة

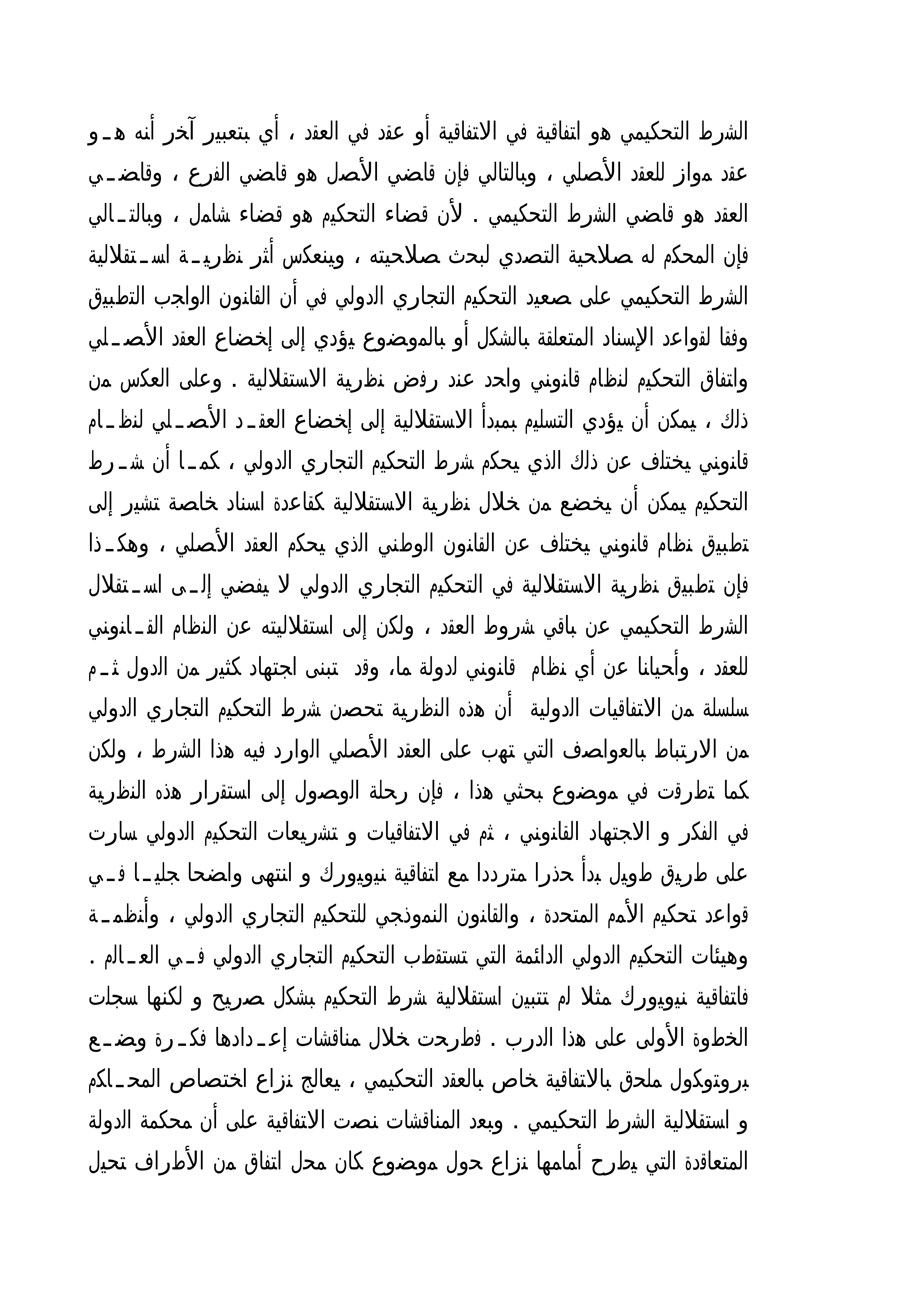


الخاتمة :

بحكم تحول شرط التحكيم بعد الحرب العالمية الأولى إلى حجر الزاوية في التحكيم التجاري الدولي ، طرح موضوع علاقة الشرط التحكيمي بالعقد الأصلي الذي يتضمنه، لأنه في حال ارتباط الشرط بالعقد فإن الشرط التحكيمي يصبح في مهب الرياح التي يعصفها الطرف الذي لا يعود له مصلحة في التحكيم . فإذا أثار طرف في الدعوى بطلان العقد الذي يتضمن شرطا تحكيميا ، أفلا يثير بطلان الشرط التحكيمي الوارد في العقد ، و بالتالي ألا يفضي بطلان العقد إلى بطلان كل شروطه بما فيها الشرط التحكيمي الذي هو جزء لا يتجزأ من العقد . هل يجب اعتبار الشرط التحكيمي باطلا إذا كان العقد باطلا ، و النتيجة العملية لذلك تفضي إلى رفع يد المحكم عن التحكيم ، بمجرد أن يطرح أي طرف صحة العقد الأساسي ، ويصبح المحكم إذ ذاك ملزما بإعلان عدم صلاحيته . لأن الموضوع المطروح أمامه يجعله في وضع ينظر في آن واحد في صحة العقد الأساسي و في صحة الشرط التحكيمي، وهو الشرط التحكيمي الذي يستمد منه ولايته القضائية للنظر بالنزاع ، وإذا لم يكن شرط التحكيم مستقلا فإن الطعن بالعقد الأصلي يفضي إلى وضع المحكمة القضائية يدها على التحكيم ذاته ، و يمكنها من خلال البت في صحة العقد الأصلي أن تتصدى لأساس النزاع ، ولا سيما في التحكيم الدولي حيث تطبق عادة قانونها الداخلي عند النظر في صحة العقد .

من هنا ، ومن دراستنا المتواضعة هاته ، استطعنا الوصول إلى أن الفكر القانوني الدولي في العالم ، انصرف في الوقت الذي أخذ العالم يضع الاتفاقيات بواسطة الهيئات الدولية بعد الحرب العالمية الأولى ، إلى دعم و تنشيط وتحصين التحكيم كوسيلة لحسم نزاعات التجارة الدولية ، وكان أمر العلاقة بين الشرط التحكيمي و العقد الأصلي الذي يتضمنه من أهم المواضيع التي شغلت المفكرين الحقوقيين في عالم أخذ يتجه إلى تدعيم ذاتية قانونية مستقلة تماما للشرط التحكيمي ، مما يجعله بمنأى عن أن يتأثر بإبطال العقد الأصلي .

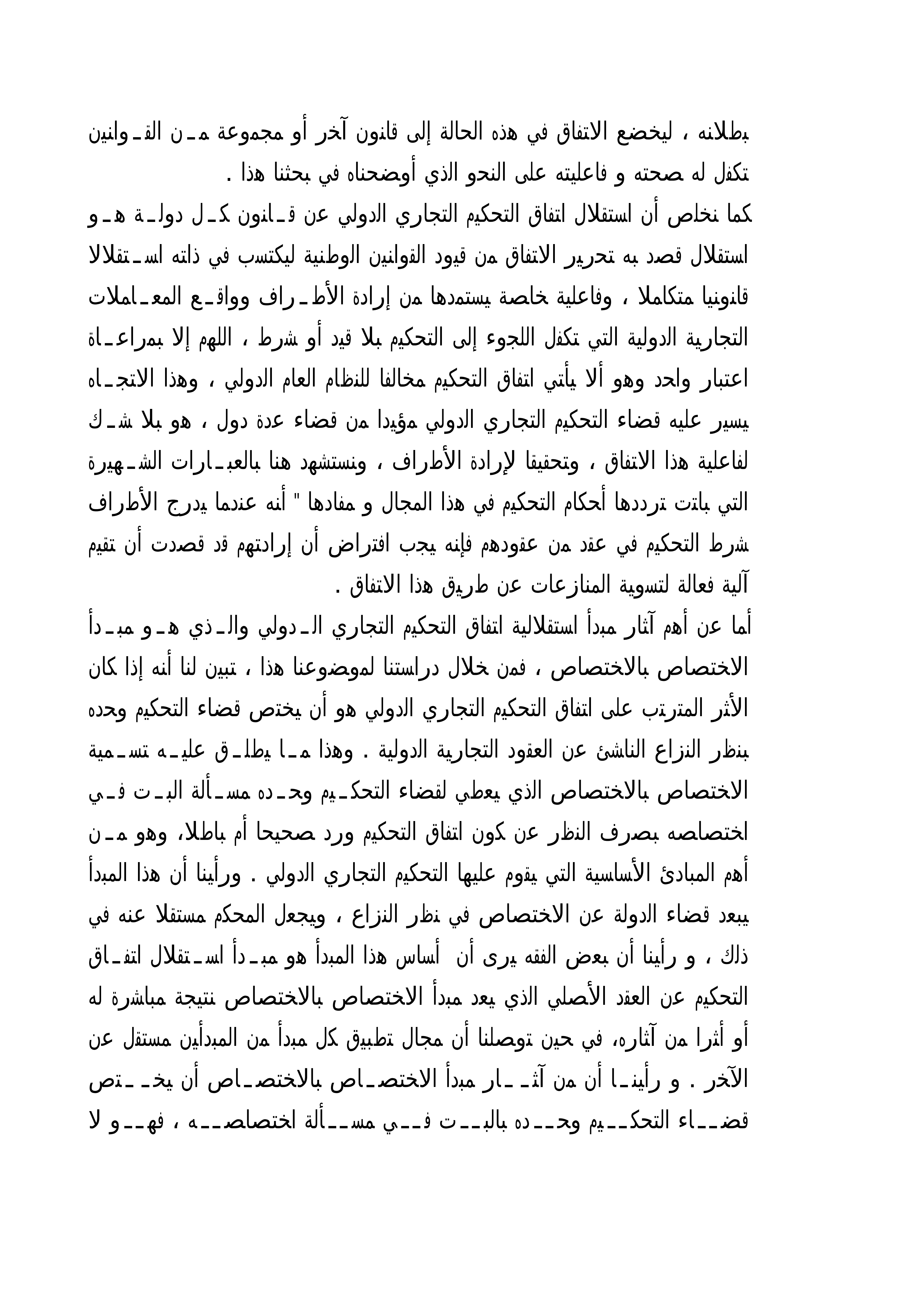
ومما خلصنا إليه من هذه الدراسة ، أن الفكرة التي استندت إليها نظرية استقلالية الشرط التحكيمي هي أنه و العقد الأساسي يشكلان عملين متميزين . وبالتالي فإن



الشرط التحكيمي هو اتفاقية في الاتفاقية أو عقد في العقد ، أي بتعبير آخر أنه هـو عقد مواز للعقد الأصلي ، وبالتالي فإن قاضي الأصل هو قاضي الفرع ، وقاضـي العقد هو قاضي الشرط التحكيمي . لأن قضاء التحكيم هو قضاء شامل ، وبالتـالي فإن المحكم له صلاحية التصدي لبحث صلاحيته ، وينعكس أثر نظريـة اسـتقلالية الشرط التحكيمي على صعيد التحكيم التجاري الدولي في أن القانون الواجب التطبيق وفقا لقواعد الإسناد المتعلقة بالشكل أو بالموضوع يؤدي إلى إخضاع العقد الأصـلي واتفاق التحكيم لنظام قانوني واحد عند رفض نظرية الاستقلالية . وعلى العكس من ذلك ، يمكن أن يؤدي التسليم بمبدأ الاستقلالية إلى إخضاع العقـد الأصـلي لنظـام قانوني يختلف عن ذلك الذي يحكم شرط التحكيم التجاري الدولي ، كمـا أن شـرط التحكيم يمكن أن يخضع من خلال نظرية الاستقلالية كقاعدة اسناد خاصة تشير إلى تطبيق نظام قانوني يختلف عن القانون الوطني الذي يحكم العقد الأصلي ، وهكـذا فإن تطبيق نظرية الاستقلالية في التحكيم التجاري الدولي لا يفضي إلـى اسـتقلال الشرط التحكيمي عن باقي شروط العقد ، ولكن إلى استقلاليته عن النظام القـانوني للعقد ، وأحيانا عن أي نظام قانوني لدولة ما، وقد تبنى اجتهاد كثير من الدول ثـم سلسلة من الاتفاقيات الدولية أن هذه النظرية تحصن شرط التحكيم التجاري الدولي من الارتباط بالعواصف التي تهب على العقد الأصلي الوارد فيه هذا الشرط ، ولكن كما تطرقت في موضوع بحثي هذا ، فإن رحلة الوصول إلى استقرار هذه النظرية في الفكر و الاجتهاد القانوني ، ثم في الاتفاقيات و تشريعات التحكيم الدولي سارت على طريق طويل بدأ حذرا مترددا مع اتفاقية نيويورك و انتهى واضحا جليـا فـي قواعد تحكيم الأمم المتحدة ، والقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي ، وأنظمـة وهيئات التحكيم الدولي الدائمة التي تستقطب التحكيم التجاري الدولي فـي العـالم . فاتفاقية نيويورك مثلا لم تتبين استقلالية شرط التحكيم بشكل صريح و لكنها سجلت الخطوة الأولى على هذا الدرب . فطرحت خلال مناقشات إعـدادها فكـرة وضـع بروتوكول ملحق بالاتفاقية خاص بالعقد التحكيمي ، يعالج نزاع اختصاص المحـاكم و استقلالية الشرط التحكيمي . وبعد المناقشات نصت الاتفاقية على أن محكمة الدولة المتعاقدة التي يطرح أمامها نزاع حول موضوع كان محل اتفاق من الأطراف تحيل

الخصوم ، بناء على طلب أحدهم ، إلى التحكيم وذلك ما لم يتبين للمحكمة أن هـذا الاتفاق باطل ، أو لا أثر له ، أو غير قابل للتطبيق . فالاتفاقية هنـا لـم تتعـرض لقاعدة استقلالية الشرط التحكيمي بشكل صريح. كذلك فإن الفقه و الاجتهاد الدوليين اتجها إلى إعطاء تفسير لهذه الاتفاقية على أنها تفصل العقد الأصـلي عـن العقـد التحكيمي ، وذهبا إلى الفصل بين ما ينسب إلى العقد الأصلي من أسباب بطـلان أو عدم نفاذ و بين شرط التحكيم . وفي هذا الاتجاه سـار الاجتهـاد الفرنسـي ، ثـم الإنجليزي ، أما اتفاقية جنيف الأوروبية لسنة 1961 فقد كانت إعلانا رسميا لنظرية استقلالية شرط التحكيم ، إذ أنها نصت على أن المحكم الذي تحصل منازعـة فـي اختصاصه ، يجب ألا يرفع يده عن الدعوى ، بل له صلاحية النظر بصـلاحيته ، وكذلك النظر بوجود أو صحة الاتفاق التحكيمي أو العقد الوارد فيه هـذا الاتفـاق . وقد سارت على خطى هاتين الاتفاقيتين لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الـدولي لسنة 1976 (UNCITRAL) وكذلك المركز الدولي لتسوية منازعات الاسـتثمار بـين الدول ومواطني الدول الأخرى ، وكذلك اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول المضيفة للاستثمارات العربية وبين مواطني الدول العربية الأخرى ، وغيرها مـن المراكز و الاتفاقيات .

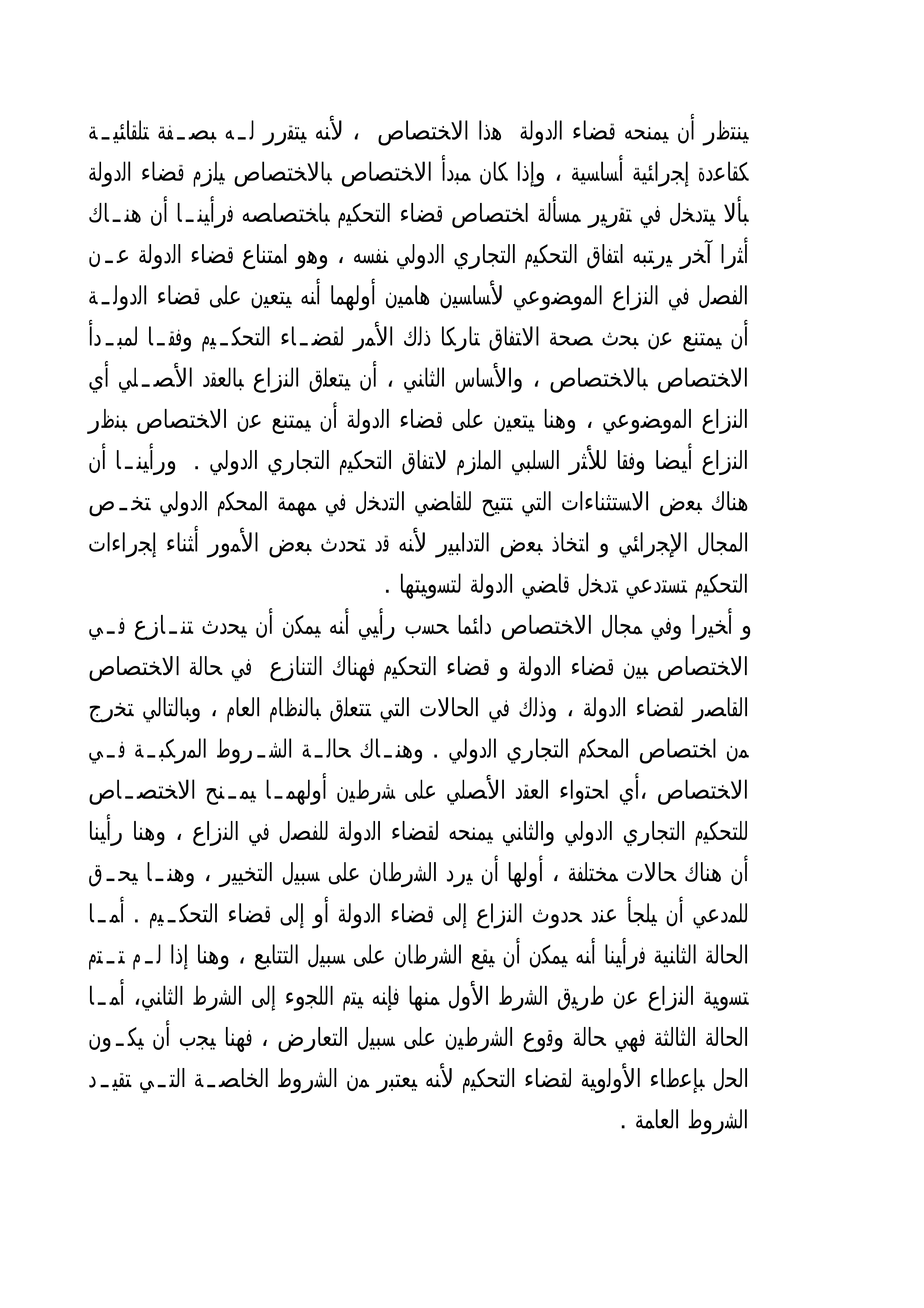
و بالتالي خلصت مما تقدم إلى أن اتفاق التحكيم الدولي يستقل فـي مواجهـة العقـد الأصلي باستقلال كامل لا يمكن نفيه ، وفي ذلك يتمتع اتفاق التحكيم الدولي كأسلوب لتسوية منازعات التجارة الدولية بميزة كبيرة تجعله قادرا على حكم المنازعات التي تنشأ عن هذه العقود دون أن يتأثر بالعيوب التي قد تلحقها . كما نخلص من خـلال دراستنا أن اتفاق التحكيم الدولي كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجـارة الدوليـة يتمتع باستقلال كامل عن القانون الذي يحكم هذه العقود (رغم اختلاف الفقه حـول كيفية تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم التجـاري الـدولي ، بـين إخضاعه لمنهج تنازع القوانين ، أو منهج القواعد المادية أو الجمع بين كل من منهج تنازع القوانين و القواعد المادية)، خاصة إذا كان هذا القانون سوف يـؤدي إلـى



بطلانه ، ليخضع الاتفاق في هذه الحالة إلى قانون آخر أو مجموعة مـن القـوانين تكفل له صحته و فاعليته على النحو الذي أوضحناه في بحثنا هذا .

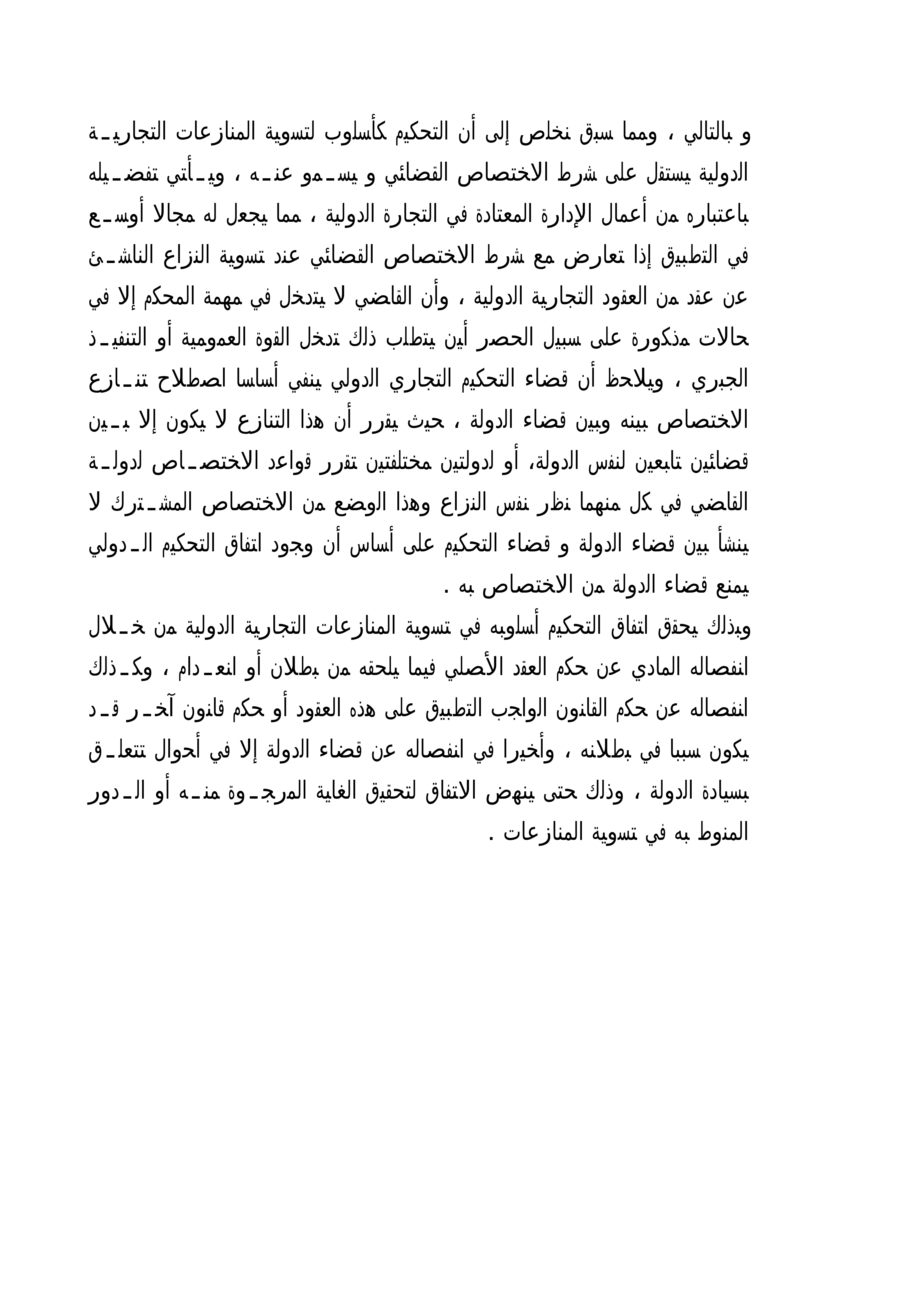
كما نخلص أن استقلال اتفاق التحكيم التجاري الدولي عن قـانون كـل دولـة هـو استقلال قصد به تحرير الاتفاق من قيود القوانين الوطنية ليكتسب في ذاته اسـتقلالا قانونيا متكاملا ، وفاعلية خاصة يستمدها من إرادة الأطـراف وواقـع المعـاملات التجارية الدولية التي تكفل اللجوء إلى التحكيم بلا قيد أو شرط ، اللهم إلا بمراعـاة اعتبار واحد وهو ألا يأتي اتفاق التحكيم مخالفا للنظام العام الدولي ، وهذا الاتجـاه يسير عليه قضاء التحكيم التجاري الدولي مؤيدا من قضاء عدة دول ، هو بلا شـك لفاعلية هذا الاتفاق ، وتحقيقا لإرادة الأطراف ، ونستشهد هنا بالعبـارات الشـهيرة التي باتت ترددها أحكام التحكيم في هذا المجال و مفادها " أنه عندما يدرج الأطراف شرط التحكيم في عقد من عقودهم فإنه يجب افتراض أن إرادتهم قد قصدت أن تقيم آلية فعالة لتسوية المنازعات عن طريق هذا الاتفاق .

أما عن أهم آثار مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الـدولي والـذي هـو مبـدأ الاختصاص بالاختصاص ، فمن خلال دراستنا لموضوعنا هذا ، تبين لنا أنه إذا كان الأثر المترتب على اتفاق التحكيم التجاري الدولي هو أن يختص قضاء التحكيم وحده بنظر النزاع الناشئ عن العقود التجارية الدولية . وهذا مـا يطلـق عليـه تسـمية الاختصاص بالاختصاص الذي يعطي لقضاء التحكـيم وحـده مسـألة البـت فـي اختصاصه بصرف النظر عن كون اتفاق التحكيم ورد صحيحا أم باطلا، وهو مـن أهم المبادئ الأساسية التي يقوم عليها التحكيم التجاري الدولي . ورأينا أن هذا المبدأ يبعد قضاء الدولة عن الاختصاص في نظر النزاع ، ويجعل المحكم مستقلا عنه في ذلك ، و رأينا أن بعض الفقه يرى أن أساس هذا المبدأ هو مبـدأ اسـتقلال اتفـاق التحكيم عن العقد الأصلي الذي يعد مبدأ الاختصاص بالاختصاص نتيجة مباشرة له أو أثرا من آثاره، في حين توصلنا أن مجال تطبيق كل مبدأ من المبدأين مستقل عن الآخر . و رأينـا أن من آثـار مبدأ الاختصـاص بالاختصـاص أن يخـتص قضـاء التحكـيم وحـده بالبـت فـي مسـألة اختصاصـه ، فهـو لا



ينتظر أن يمنحه قضاء الدولة هذا الاختصاص ، لأنه يتقرر لـه بصـفة تلقائيـة كقاعدة إجرائية أساسية ، وإذا كان مبدأ الاختصاص بالاختصاص يلزم قضاء الدولة بألا يتدخل في تقرير مسألة اختصاص قضاء التحكيم باختصاصه فرأينـا أن هنـاك أثرا آخر يرتبه اتفاق التحكيم التجاري الدولي نفسه ، وهو امتناع قضاء الدولة عـن الفصل في النزاع الموضوعي لأساسين هامين أولهما أنه يتعين على قضاء الدولـة أن يمتنع عن بحث صحة الاتفاق تاركا ذلك الأمر لقضـاء التحكـيم وفقـا لمبـدأ الاختصاص بالاختصاص ، والأساس الثاني ، أن يتعلق النزاع بالعقد الأصـلي أي النزاع الموضوعي ، وهنا يتعين على قضاء الدولة أن يمتنع عن الاختصاص بنظر النزاع أيضا وفقا للأثر السلبي الملزم لاتفاق التحكيم التجاري الدولي . ورأينـا أن هناك بعض الاستثناءات التي تتيح للقاضي التدخل في مهمة المحكم الدولي تخـص المجال الإجرائي و اتخاذ بعض التدابير لأنه قد تحدث بعض الأمور أثناء إجراءات التحكيم تستدعي تدخل قاضي الدولة لتسويتها .

و أخيرا وفي مجال الاختصاص دائما حسب رأيي أنه يمكن أن يحدث تنـازع فـي الاختصاص بين قضاء الدولة و قضاء التحكيم فهناك التنازع في حالة الاختصاص القاصر لقضاء الدولة ، وذلك في الحالات التي تتعلق بالنظام العام ، وبالتالي تخرج من اختصاص المحكم التجاري الدولي . وهنـاك حالـة الشـروط المركبـة فـي الاختصاص ،أي احتواء العقد الأصلي على شرطين أولهمـا يمـنح الاختصـاص للتحكيم التجاري الدولي والثاني يمنحه لقضاء الدولة للفصل في النزاع ، وهنا رأينا أن هناك حالات مختلفة ، أولها أن يرد الشرطان على سبيل التخيير ، وهنـا يحـق للمدعي أن يلجأ عند حدوث النزاع إلى قضاء الدولة أو إلى قضاء التحكـيم . أمـا الحالة الثانية فرأينا أنه يمكن أن يقع الشرطان على سبيل التتابع ، وهنا إذا لـم تـتم تسوية النزاع عن طريق الشرط الأول منها فإنه يتم اللجوء إلى الشرط الثاني، أمـا الحالة الثالثة فهي حالة وقوع الشرطين على سبيل التعارض ، فهنا يجب أن يكـون الحل بإعطاء الأولوية لقضاء التحكيم لأنه يعتبر من الشروط الخاصـة التـي تقيـد الشروط العامة .



و بالتالي ، ومما سبق نخلص إلى أن التحكيم كأسلوب لتسوية المنازعات التجارية الدولية يستقل على شرط الاختصاص القضائي و يسمو عنه ، ويأتي تفضيله باعتباره من أعمال الإدارة المعتادة في التجارة الدولية ، مما يجعل له مجالا أوسع في التطبيق إذا تعارض مع شرط الاختصاص القضائي عند تسوية النزاع الناشئ عن عقد من العقود التجارية الدولية ، وأن القاضي لا يتدخل في مهمة المحكم إلا في حالات مذكورة على سبيل الحصر أين يتطلب ذلك تدخل القوة العمومية أو التنفيذ الجبري ، ويلاحظ أن قضاء التحكيم التجاري الدولي ينفي أساسا اصطلاح تنازع الاختصاص بينه وبين قضاء الدولة ، حيث يقرر أن هذا التنازع لا يكون إلا بين قضائين تابعين لنفس الدولة، أو لدولتين مختلفتين تقرر قواعد الاختصاص لدولة القاضي في كل منهما نظر نفس النزاع وهذا الوضع من الاختصاص المشترك لا ينشأ بين قضاء الدولة و قضاء التحكيم على أساس أن وجود اتفاق التحكيم الدولي يمنع قضاء الدولة من الاختصاص به .

وبذلك يحقق اتفاق التحكيم أسلوبه في تسوية المنازعات التجارية الدولية من خلال انفصاله المادي عن حكم العقد الأصلي فيما يلحقه من بطلان أو انعدام ، وكذلك انفصاله عن حكم القانون الواجب التطبيق على هذه العقود أو حكم قانون آخر قد يكون سببا في بطلانه ، وأخيرا في انفصاله عن قضاء الدولة إلا في أحوال تتعلق بسيادة الدولة ، وذلك حتى ينهض الاتفاق لتحقيق الغاية المرجوة منه أو الدور المنوط به في تسوية المنازعات .

الملاحق

المراجع

قائمة المراجع :

مراجع باللغة العربية :

- **ابن منظور** لسان العرب – الجزء الخامس عشر – المؤسسة المصرية
- **أحمد أبو الوفا** التحكيم في القـوانين العربيـة - طبعـة 2000- منشـأة المعارف بالإسكندرية
- **أحمد أبو الوفا** التحكيم الاختياري و الإجباري فـي المنازعـات المدنيـة و التجارية – طبعة 1983 – منشأة المعارف بالإسكندرية
- **أحمد أبو الوفا** التحكيم بالقضاء و الصلح – منشأة المعارف بالإسكندرية
- **أحمد أبو الوفا** عقد التحكيم وإجراءاته - طبعة 1974- منشـأة المعـارف بالإسكندرية
- **أحمد ماهر زغلول** الموجز في أصول و قواعد المرافعـات وفقـا لمجموعـة المرافعات المدنية و التجارية و التشريعات المرتبطة بهـا – الجزء الأول التنظيم القضائي و نظرية الاختصاص – دار أبو المجد للطباعة و النشر بالقـاهرة - الطبعـة الأولـى 1991
- **أحمد مخلوف** اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية –دار النهضة العربية – طبعة 2001
- **أحمد هندي** تنفيذ أحكام المحكمين " الأمر بتنفيذ أحكام المحكمين الوطنية والأجنبية " - طبعة 2001 - الجامعة الجديدة
- **حفيظة السيد الحداد** الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الـدولي - الطبعة الأولى 2004 منشورات الحلبي الحقوقية
- **حفيظة السيد الحداد** العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية التابعة لدول أخرى - طبعة 2003 – بيروت مطبوعات الحلبي
- **حفيظة السيد الحداد** القانون القضائي الخاص الدولي – طبعـة 1990 – مكتبـة الإسكندرية
- **سامية راشد** التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة – الكتاب الأول اتفـاق التحكيم – طبعة 1984 – دار النهضة العربية .
- **عبد الحميد الأحدب** التحكيم التجاري الدولي – الجزء الثالث – ميلانـو و سـتامبا طبعة 1990

- **عبد الحميد الأحدب** التحكيم ، وثائق تحكيمية - الجزء الرابع –طبعة 1990 – ميلانو ستامبا SPA
- **عبد الحميد الشواربي** التحكيم و التصالح في ضوء الفقه و التشريع – دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية – طبعة 1996
- **عبد الفتاح مراد** شرح تشريعات التحكيم الداخلي والدولي
- **عز الدين عبد ا** القانون الدولي الخاص – طبعة 1986 – الهيئة المصرية العامة للكتاب
- **عزمي عبد الفتاح** قانون التحكيم الكويتي – مطبوعات جامعة الكويت – الطبعة الأولى 1990
- **عليوش قربوع كمال** التحكيم التجاري الدولي في الجزائر – طبعة 2002/2001 – ديوان المطبوعات الجامعية
- **فتحي والي** الوسيط في قانون القضاء المدني – طبعة 1987 – دار النهضة العربية
- **فوزي محمد سامي** شرح القانون التجاري ، التحكيم التجاري الدولي المجلد الخامس – مكتبة الثقافة للنشر و التوزيع – الطبعة 1997
- **محسن شفيق** التحكيم التجاري الدولي – طبعة 1974/1973 – كلية الحقوق جامعة القاهرة
- **محمد كمال فهمي** أصول القانون الدولي الخاص – طبعة 1985 – مؤسسة الثقافة الجامعية بالإسكندرية
- **محمود السيد عمر التحيوي** أركان الاتفاق على التحكيم وشروط صحته – دار المطبوعات الجامعية – طبعة 2001
- **محمود السيد عمر التحيوي** التحكيم في المواد المدنية والتجارية وجوازه في منازعات العقود الإدارية – دار الجامعة الجديدة للنشر – طبعة 1999
- **معوض عبد التواب** المستحدث في التحكيم التجاري الدولي – دار الفكر الجامعي – الطبعة الأولى 1997
- **هشام خالد** الشرط السالب للاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية – طبعة 2000 – دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية
- **هشام صادق** تنازع القوانين دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري – الطبعة الثانية – منشأة المعارف

2 - اتفاقيات دولية :

- بروتوكول جنيف لسنة 1923 الذي تم تحت إشـراف عصـبة الأمـم المتحـدة ، الخـاص بشروط التحكيم .
- اتفاقية جنيف لسنة 1927 الخاصة بتنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية .
- اتفاقية نيويورك لسنة 1958 التـي تمـت تحـت إشـراف الأمـم المتحـدة ، وبمبـادرة غرفة التجارة الدولية ، والتي تتعلق بالاعتراف وتنفيذ قرارات التحكيم .
- الاتفاقية الأوروبية بخصوص التحكيم التجـاري الـدولي ، الموقعـة فـي جنيـف سـنة 1961 ، والترتيبات (Arrangements) المتعلقة بتطبيق هذه الاتفاقية سنة 1962.

3- قواعد موضوعة من طرف المنظمات الدولية :

- قواعد الغرفة التجارية الدولية ببـاريس للتحكـيم التجـاري الـدولي CCI المنشـأ سـنة 1919 .
- قواعد التحكيم التي وعتها لجنة الأمم المتحدة لقانون التجـارة الدوليـة ، والتـي اعتمـدتها الجمعية العامة للأمم المتحدة سنة 1976 (UNCITRAL).

4- الرسائل و المذكرات :

- نور الدين بن الشيخ " شرط التحكيم في العقود الاقتصادية الدولية " ، مذكرة لنيـل شـهادة الماجستير بجامعة الجزائر 1973 .

4- الأوامر :

- الأمر رقم 154/66 المعدل والمتمم ، المؤرخ في 08 يونيو 1966 ، والمتضمن قانون الإجراءات المدنية الجزائري .

مراجع باللغة الأجنبية :

1- Livres :

- **B. Goldman** « Des conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé » , Rec . des cours de Dr Inter 1963 .
- **E. Gaillard** « Arbitrage commercial international , Convention d'arbitrage , Autonomie » Jurix .CI .Droit inter.
- **E. Gaillard** J.CI , droit , Fasc 581-1 , 1994 , N°34
- F.A Mann « Les Facit arbitrum » In Liber Amiricum To Damké, 1967 .
- **J.P. Ancel** « L'actualité de l'autonomie de la clause compromissoire » TR . comité Française de droit international privé , Dip 1991,1992
- **J.Robert** « L'arbitrage droit interne , droit international privé, avec la collaboration de B. Morceau D.6eme édition 1993.
- **J.Robert et B.Moreau** « L'arbitrage » D. 1983 N°1
- **Marie Hélène Maleville** « Pratique arbitrale de l'interprétation des contacts commerciaux internationaux » RDAI, 1999.
- **Mathieu et Boisséron** « Le droit français de l'arbitrage interne et international » G/N Joly, 1990.
- Noureddine Terki « L'arbitrage international en Algérie » office des publication universitaire 1999.
- **P.h.Fouchard E.Gaillard, B.Goldman** « Traité de l'arbitrage .commercial international » LITEC 1996 .
- **Poudret et Reymond** « Le droit de l'arbitrage interne et international en suisse » , Payot 1989.

2- Thèses et mémoires :

- **. Ancel J. P** « Les conflits de qualifications a l'épreuve de la donation entre époux » Dalloz , Mémoire, Nice . 1978.
- **Catherine Blanchin** « L'autonomie de la clause compromissoire : un modèle pour la clause attributive de juridiction . Mémoire ParisII 1994 sous la direction de Hélène Gaudement Tallon .
- **Hafiza Elhaddad** « Loi applicable à la donation mobilière entre époux » Mémoire, Nice . 1978.

3- Revues et Articles :

- Articles :

- **René David** « L'arbitrage dans le commerce international » Economia Paris 1982.
- **Eric Loquin** « Les pouvoirs des arbitres internationaux à la lumière de l'évolution récente du droit de l'arbitrage international », Clunet .1983 .
- **F.R Mendez** « arbitrage international et mesures conservatoire .Rev. arb 1985 no 01 .
- **E.Gaillard** « arbitrage commercial international convention d'arbitrage ,Généralités, Autonomie et principes de validité , droit applicable » Jurix.CI , droit international Fasc 586-1 1989. N°15.
- Ph. Fouchard « La loi-Type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international » In Clunet 1987 , et Rev.arb 1987 , 884 .
- **P.Mayer** « L'autonomie de l'arbitrage international dans l'appréciation de sa propre compétence » In REC cours la Haye .V, 1989 .
- **Yves Derrain** « Les tendances de la jurisprudence arbitrale international, Clunet.1993.
- **M. Assad** « Le décret législatif Algérien du 23 Avril .1993 , relatif a l'arbitrage international » , Rev . Arb .1993
- **M. Bedjaoui et A. Mebroukine** « Le nouveau droit de l'arbitrage en Algérie » Clunet 1993 .
- **Lord Mustil** « La nouvelle loi Anglaise sur l'arbitrage de 1996 », Rev.arb,1997.
- **Dimoltza** « Autonomie et Kompétanz- Kompétanz » In Rev.Arb.1998.
- **Pieter Sanders** « L'autonomie de la clause compromissoire » in hommage a Frédéric Eisemann Publication CCI N°92.

-Notes et Jurisprudences :

- Revue de l'arbitrage 1973 note : **P.H Fouchard.**
- Paris, 21 octobre 1983 Revue de l'arbitrage 1984 note : **A.Chapelle** .
- CCI No 4504, clunet 1986 note : **S.Jarvin** ,
- CCI affaire N° 5832 , 1988 Clunet 88 note : **Aguillar Alvarez**
- Paris, 20 Avril 1988 , Rev . arb.1988 note : **P.Y Tschanz .**
- Paris, 20 Avril. 1988 , Rev . arb.1988 et Paris, 30 Nov 1988 et 14 Fev 1989, Rev.Arb. 1989 , note : **P.Y.Tchanz**
- Paris, 30 novembre 1988 et 14 Février1989 , Rev . arb.1989 note : **P.Y Tschanz**
- CA. Paris , 26 Fev .1988 . Cass. Civ , 10 juillet , Revue de l'arbitrage 1990**,** clunet 1992 , note **:** **J.H. Moitry et Verne**
-
- Paris, 28 Nov 1989 Revue de l'arbitrage 1990 note : **P. Mayer** .
- Paris, 11 Janv.1990 , Clunet.1991, note : **Audit** , Rev.Arb ,1992 note : **D.Cohen**
- CCI No 5730, clunet 1990 , p1029 obs **:** **Yves .Derains**
- Paris 08 Mars .1990, Rev. Arb .1990, note : **P.Mayer**
- Cassation civil .10 Juillet , Rev. Arb.1990 , Clunet.1992, note : **J.H.Moitry et Verne**
- Paris,26 Mars 1991 , Rev . arb.1991 note : **H.Goudement Tallion**
- Paris, 17 décembre 1991 , Rev . arb.1993 note : **H.Synvet**
- C.Cass 20 Dec.1993, Rev.Arb. Crit .1994 note : **P.Mayer** , et Clunet .1994 . note : **E. Gaillard** . et Rev. Arb .1994 note : **Gaudement Tallon** , Clunet .1994 note : **E. Loquin**
- C.Cass 20 Dec.1993. Affaire Dalico , Clunet .1994 note : **E. Gaillard**
- Cour d'appel de Paris, 24 Mars 1994 . Rev.Arb.1994, note : **Ch.Jarosson**.
- Cour d'appel de paris 27 octobre 1994 affaire Diseno Rev . arb 1995 note : **P. Level .**
- Cour de cassation CIV 26 Novembre 1997 , Rev arb 1997 note: **D. Cohen**
- Rapport annuel du CIRDI publié sur Internet www/google/ CIRDI rapport annuel 2004.com.

الفهرست

الفهرســـــت	الصفحة
المقدمة	من01 إلى 13
الفصل الأول :	
استقلال اتفاق التحكيم في عقود التجارة الدولية............	14
المبحث الأول : استقلال التحكيم التجاري الدولي عن العقد الأصلي..........	15
المطلب الأول : تكريس الاستقلالية في الأنظمة القانونية...............	16
الفرع الأول : موقف المعاهدات الدولية	17
الفرع الثاني : موقف القوانين الوضعية	18
الفرع الثالث :موقف لوائح التحكيم	21
المطلب الثاني : تكريس هذه الاستقلالية قضاء وفقها..............	24
الفرع الأول : تكريس هذه الاستقلالية قضاء..........................	24
أولا : تكريس استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي بواسطة القضاء العادي........	24
ثانيا : تكريس استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي بواسطة قضاء التحكيم.........	26
الفرع الثاني : تكريس هذه الاستقلالية فقها........................	29
المبحث الثاني : استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي عن القانون الذي يحكم العقد الأصلي..	30
المطلب الأول : تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم من خلال إعمال منهج تنازع القوانين	30
الفرع الأول : خضوع اتفاق التحكيم للقانون الذي يحكم الإجراءات بناء على التكييف القضائي أو الإجرائي لاتفاق التحكيم	31
أولا : تقدير الاتجاه القائل بإخضاع التحكيم لقانون دولة المقر	34
ثانيا : عدم سلامة الحجج التي استند إليها الرأي القائل بإخضاع اتفاق التحكيم لقانون دولة المقر	36
الفرع الثاني : التكييف العقدي لاتفاق التحكيم	39
أولا : إخضاع اتفاق التحكيم لقانون دولة المقر..........................	41
ثانيا : خضوع اتفاق التحكيم للقانون الذي يحكم العقد الأصلي	42
ثالثا : تقدير خضوع اتفاق التحكيم لمنهج التنازع	42
رابعا : الصعوبات التي تواجه إعمال منهج التنازع التقليدي و المستمدة من صعوبة إلحاق اتفاق التحكيم بطائفة من طوائف الإسناد التقليدية	45